Angelina Ferreyra de de la Rúa
Cristina González de la Vega de Opl

Teoría General del Proceso

Córdoba
2003

Prólogo

No se ha escrito en los últimos años un manual de *Teoría general del proceso*; esta obra, dedicada por las profesoras Ferreyra de de la Rúa y González de la Vega de Opl, a los docentes y adscriptos que participaron en el «Seminario de Profundización de Teoría General del Proceso del año 2002», excede a nuestro humilde entender, los alcances de un texto para los alumnos de la carrera de abogacía y representa, en definitiva, un importante compendio para la labor docente de los profesores que dictan los cursos sobre la materia. Ello en razón del esfuerzo que ha significado, volcar en esta obra, el tratamiento de los principales tópicos que integran la denominada *Teoría general*, analizando las diferentes posiciones doctrinarias que prohijaron la independencia del derecho procesal, así como la obra de los autores, nacionales y extranjeros que hasta la fecha definió el alcance de cada uno de los institutos que la comprenden.

En particular, destacamos el afán por definir qué se entiende por *Teoría general del proceso*, también denominada por algunos autores como *Teoría unitaria*; toda vez que, más allá de las críticas que puedan hacerse acerca de su utilidad para la realización práctica del proceso civil o penal, ella *existe* y merece un profundo estudio tendiente a conocer cuáles son las instituciones que la integran y el alcance de ésta, previo a toda revisión crítica y proyección futura.

Las autoras se propusieron formular un plan de trabajo apto para el estudio de la materia, válido desde el punto de vista doctrinario y legislativo, objetivo que aparece claramente logrado en el contenido de cada uno de los capítulos de esta obra.

En este libro se realiza un tratamiento sistemático de las instituciones que conforman la piedra angular de la disciplina, derecho procesal, labor que se ve fortalecida por la inclusión de lo que a nuestro juicio representa

su eje vertebral, esto es las «Bases Constitucionales», temática abordada en el Capítulo III, después de describir la evolución histórica del derecho procesal, culminando con un prolijo análisis de los sistemas y principios procesales, todo ello previo al abordaje de la faz institucional. Lo que, sin lugar a dudas, coadyuva a una adecuada comprensión de la razón de ser de esta rama del orden jurídico.

La metodología utilizada será de gran utilidad a docentes y estudiantes, a la hora de comparar cómo operan en el plano legislativo los pilares institucionales básicos: Acción, Jurisdicción y Proceso. Habiéndose cuidado el estudio y tratamiento de los tres planos en que se proyecta su enseñanza, al abordar lo realizativo, pragmático y procedimental en la modalidad específica que opera tanto para los denominados procesos civiles (civil y comercial, laboral y de familia) como para los procesos penales. Recreando ricas citas jurisprudenciales en temas que de un modo especial así lo demandan, como es la competencia, presentando didácticos e ilustrativos gráficos del proceso. En definitiva, se logra en forma ordenada y sistemática el plan propuesto.

Finalmente, deseo poner énfasis en el rigor científico y académico que emana de los once capítulos de este libro y lo que representa para la ciencia procesal una tarea de estas características, en momentos que la moderna doctrina con aparente creatividad omite las enseñanzas de los juristas italianos y alemanes, que como Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Micheli, Rocco, Goldschmidt, Rosenberg, entre otros, abrevaron y nutrieron la doctrina rioplatense, representada por Hugo Alsina, Eduardo J. Couture, Ramiro J. Podetti, Jorge Clariá Olmedo, Alfredo Vélez Mariconde y Lino Enrique Palacio, por mencionar sólo algunos de nuestros maestros, gracias a la labor editorial de Santiago Sentís Melendo.

Prologar un libro no es una tarea fácil, menos aún cuando se trata de personas caras en los afectos y de reconocida trayectoria intelectual. Pero las autoras me han honrado con esta distinción, tarea que resultó sumamente grata en razón de los méritos de la obra.

Angela Ester Ledesma

Buenos Aires, marzo de 2003

CAPITULO I

Derecho procesal

1. Realización indirecta del derecho

El derecho está conformado por un conjunto de normas jurídicas que establecen reglas de conductas a las que deben ajustarse la de los hombres en la convivencia social. Estas reglas imponen órdenes, mandatos y prohibiciones, y también prevén la sanción legal para el caso de incumplimiento. Es decir, que ante la existencia de un conflicto de intereses jurídicos, generalmente existe una norma que establece la posible forma de solución.

El derecho positivo se integra por normas sustanciales contenidas en los códigos de fondo (Civil, Penal, etcétera) y por normas procesales que generalmente, aunque no siempre, se encuentran en los códigos de rito.

Ante la violación del orden jurídico por incumplimiento de una orden sustancial, cabe la posibilidad de composición de la controversia con o sin la intervención de los órganos judiciales. Dicho de otro modo: «*La conducta humana normalmente se ajusta al derecho, el que, por otra parte, recoge como norma la regla social, esto es, lo que habitualmente se cumple; los conflictos ordinariamente no se producen, pero en caso de ocurrir, también pueden resolverse por vía pacífica.* No *obstante y para los casos de excepción que pese a ser muchos, son de*

gran excepción el Estado debe establecer su tutela jurídica, es decir, la prestación del apoyo y el establecimiento de formas para que se respeten las situaciones jurídicas legítimas y se cumpla con el derecho» [1].

Es que el derecho establece el orden jurídico en *«su quietud» y a partir de su violación cabe la posibilidad de recomposición espontánea o directa; también surge la posibilidad de su realización indirecta a través de los órganos judiciales»* [2].

La realización del derecho de fondo por medio de vías reguladas por el derecho procesal denota la vigencia del principio de oficialidad y, además, alude a la posible realización indirecta del orden jurídico. Esto es así porque ante la violación de una norma jurídica puede éste recomponerse espontáneamente, sin necesidad de intervención de los órganos judiciales. O caso contrario, puede requerirse la intervención de los órganos estatales a fin de lograr su cumplimiento coactivo. Piénsese, por ejemplo, en la existencia de un contrato de préstamo de dinero que debe devolverse en cuotas. Ante el atraso en el pago por parte del deudor, el acreedor lo intima telefónicamente y el obligado paga. En este caso, el orden jurídico se recompuso espontáneamente, en forma directa sin intervención de los órganos judiciales. Pero si, por el contrario, ante la intimación el deudor se resiste, podrá el titular del crédito iniciar un juicio por el procedimiento que establece la ley y a través de los órganos del Poder Judicial, con el fin de obtener su oportuno abono (realización oficial indirecta).

Cabe señalar, asimismo, que frente a ciertas situaciones la intervención de los tribunales oficiales se torna indispensable a fin de integrar adecuadamente una situación jurídica. Ello sucede cuando se trata de materia no disponible por exclusiva voluntad de las partes. Tal es así por ejemplo, en materia de divorcio (en donde no cabe el mutuo acuerdo y es menester la intervención del juez para que decrete el divorcio), de adopción (en donde es ineludible la participación del juez para otorgarla), etcétera; es decir, en aquellos casos en donde por exigencia de normas sustanciales sólo puede resolverse la constitución de un nuevo estado personal por resolución judicial.

Por eso se ha dicho que *«el derecho procesal es la rama del derecho que estudia el fenómeno jurídico llamado proceso judicial y los problemas que le son conexos y que la estructura íntima de todo proceso es bien simple: dos sujetos debatiendo pacífica y dialécticamente ante un tercero, que habrá de resolver el litigio si es que no se autocompone durante la tramitación del procedimiento. A la suma de todas estas nociones se le da el nombre de proceso»* [3]. Por ello, el proceso judicial es el instrumento técnico ideado por la Constitución y constituido por normas para la realización indirecta del derecho por medio de los procedimientos y con la intervención de los órganos judiciales del Estado que cumplen esta función de recomposición del orden jurídico (principio de oficialidad).

2. Derecho procesal. Concepto

(El derecho procesal puede ser definido como el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan la actividad judicial del Estado y de los particulares en la realización indirecta del derecho.)

Su estudio no se limita sólo al análisis de normas positivas sino que comprende también los principios y reglas utilizadas en la aplicación judicial del derecho. Es decir, que no basta el análisis del derecho objetivo contenido en las normas procesales sino, muy especialmente, comprende el tratamiento de principios y reglas de trascendencia que serán útiles a la hora de dictar la ley, de aplicarla e interpretarla o en su caso de integrarla. Estos principios, íntimamente vinculados al sistema procesal, inciden en forma directa en sus formulaciones. Ello también sucede con las garantías constitucionales que deben asegurarse en la realización jurisdiccional del derecho (juez natural, debido proceso, inviolabilidad de la defensa en juicio, etcétera).

Palacio señala que *«desde el punto de vista de la teoría general del derecho, es posible concebir al derecho procesal como aquel sector de la ciencia jurídica que se ocupa del proceso en sentido amplio, entendiendo por tal a la actividad que despliegan los órganos del Estado en la creación y aplicación de normas jurídicas generales o individuales»* [4]. Advierte que es común que la noción de derecho procesal en sentido estricto se formule exclusivamente en torno de la idea de jurisdicción

(1) Vescovi, Enrique, *Teoría general del proceso*, Nomos, Bs. As., 1984, p. 3.
(2) Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho procesal*, Depalma, Bs. As., 1982, t. I, p. 61.

(3) Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. I.
(4) Palacio, Lino Enrique, *Derecho procesal civil. Nociones generales*, Abeledo-Perrot, Bs. As., t. I.

(judicial). Así, el derecho procesal se configura como el conjunto de normas que regulan el trámite procesal, y a su vez, el proceso como medio o instrumento tendiente a realizar la jurisdicción; complementariamente señala que la función jurisdiccional es aquella mediante la cual el Estado, a través de sus órganos judiciales, garantiza el cumplimiento de las normas generales de conducta cuando son violadas.

Con similar orientación se ha expresado que es la rama del derecho que estudia el conjunto de normas y principios que regulan la función jurisdiccional del Estado en todos sus aspectos y que, por lo tanto, fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo en los casos concretos, y que determinan las personas que deben someterse a la jurisdicción del Estado y los funcionarios encargados de ejercerla [5].

En una formulación clásica se ha dicho que el derecho procesal es el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las leyes de fondo y su estudio comprende la organización del Poder Judicial, la determinación de la competencia de los funcionarios que lo integran y la actuación del juez y las partes en la sustanciación del proceso [6].

Como se ve, los elementos tomados para la conceptualización de esta disciplina no acusan notables diferencias; en la mayoría de los casos son comunes y sólo se hace necesario precisar el contenido del derecho procesal para lograr una adecuada delimitación.

No cabe duda, entonces, que el derecho procesal es una ciencia jurídica que como tal estudia en forma sistemática el conjunto de principios y normas que regulan la organización judicial y la actividad de los sujetos procesales para la efectiva realización indirecta del derecho de fondo [7].

Al estudio del derecho procesal como disciplina científica le compete el análisis del derecho positivo contenido en las leyes (Constitución Nacional y Provincial, códigos de fondo, de forma, etcétera) pero también y muy especialmente, de los principios y reglas que hacen a los sistemas procesales (bilateralidad, inmediación, lealtad y buena fe procesal,

(5) Devis Echandía, Humberto, *Teoría general del proceso*, Universidad, Bs. As., 1997.

(6) Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Parte general*, Ediar, Bs. As., 1963, p. 33.

(7) Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho procesal*, Depalma, Bs. As., 1982, t. I, p. 11.

etcétera). Le compete delinear los distintos sistemas que se determinan muchas veces por la materia sustancial a realizar y otras por circunstancias tales como el momento social y la idiosincrasia ciudadana para los que va a regir (sistema oral o escrito, de única o doble instancia, dispositivo inquisitivo o acusatorio).

Resulta, por lo tanto, realmente relevante destacar que el estudio de derecho procesal no puede limitarse exclusivamente a normas positivas, sino que tiene que hacerlo en forma integral armonizándolo con los principios y reglas que generalmente emanan de la Carta Magna y que son indispensables tanto para el dictado cuanto para la interpretación de la leyes.

El reconocimiento de su carácter científico es reciente ya que se lo admite como tal a partir del siglo XIX; hasta ese momento era considerado un apéndice del derecho de fondo. En efecto, el derecho procesal civil se estudiaba conjuntamente y conforme a reglas y principios del derecho civil; el derecho procesal penal de acuerdo al derecho penal; y así sucedía también con el laboral, administrativo, de familia, etcétera. Recién se logra el tratamiento independiente de esta disciplina con la evolución de las escuelas científicas del derecho procesal.

Es así como el derecho procesal consigue jerarquía científica solamente cuando se deslindan sus principios teóricos y corta el cordón umbilical por el cual se alimentaba exclusivamente del derecho sustantivo [8]. Esto es cuando se efectúan desarrollos sistemáticos, de trascendencia, de la escuela alemana primero y de los italianos después. Así los desarrollos de Von Bulow, Goldschmidt, Windscheid, Guasp, etcétera, contribuyen fuertemente en su identificación.

Queda claro, entonces, que el objeto de estudio del derecho procesal está dado por el análisis de principios y también de normas de derecho positivo. Es que el estudio sistemático de una disciplina implica necesariamente la profundización en las reglas de los códigos formales, pero muy especialmente de los principios que la rigen. Por último, debe señalarse que estos principios y normas del derecho procesal siempre están enderezados a la realización jurisdiccional del derecho.

(8) Clariá Olmedo, ob. cit., *Teoría general del derecho procesal*, p. 7.

El estudio de esta disciplina jurídica puede realizarse desde un punto de vista estático y dinámico; el primero comprende el análisis de las reglas contenidas en la Constitución Nacional y Provincial, en las leyes orgánicas del Poder Judicial, y de los ministerios públicos, acordadas de los tribunales superiores que se ocupan de la organización de los tribunales, etcétera. También las reglas de atribución de competencia que dichas leyes efectúan.

En cambio, la faz dinámica del derecho procesal se ocupa de la actividad que desarrollan los sujetos procesales en el trámite judicial y que resulta diferente según la materia a actuar y el sistema por el que se haya optado.

Desde otro enfoque puede conocerse esta ciencia teniendo en cuenta el aspecto subjetivo-objetivo. El primero, analiza la actuación de los sujetos procesales según su posición en la litis, precisando sus facultades, poderes, deberes y cargas. El aspecto objetivo por su parte, atiende a cuestiones formales, esto es, a las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que deben desarrollarse los actos o las etapas del juicio.

2.1. Contenido

En general, existe acuerdo doctrinario en otorgar al derecho procesal desde el punto de vista objetivo y subjetivo, estático o dinámico el siguiente contenido:

1) Estudio de las reglas de organización y atribución de competencia del Poder Judicial, en sentido amplio. En tal dimensión se ocupa de la estructura de los órganos judiciales, de los poderes y deberes de sus integrantes, de las garantías e incompatibilidades de los jueces y de sus auxiliares. También comprende el análisis de la forma de organización del ministerio público y del sistema legal a que se hallan sometidos sus integrantes. A su vez, contempla las reglas de distribución de la jurisdicción asignando competencias a los diferentes órganos judiciales en virtud de principios político procesales (criterio institucional, criterio material, criterio territorial, criterio funcional, etcétera).

2) Análisis del régimen jurídico aplicable a los sujetos procesales: el juez y las partes, sus representantes y apoderados (facultades, deberes y cargas). Además comprende las disposiciones relativas a terceros participantes y extraños al pleito.

3) Estudio de los requisitos y formalidades que deben reunir los actos procesales; esto es, lo relativo a las circunstancias de lugar, tiempo y modo del actuar judicial y de la secuencia del trámite procesal (orden y etapas).

En resumen, el estudio del derecho procesal comprende diferentes aspectos. El que se refiere a la forma en que la ley estructura los tribunales y la oficina judicial en general, distribuyendo tareas administrativas el conocimiento de determinadas causas; también el que se ocupa de la forma de los actos procesales y la etapas de los procesos señalando las circunstancias de lugar, tiempo y modo y sus efectos. Por último, y conforme el sistema procesal elegido, se otorgan poderes, facultades, atribuciones y cargas a los sujetos procesales (esenciales y eventuales), poniendo mayor énfasis en las de uno u otro que por ello se presentan diferentes teniendo en cuenta para esto la incidencia del derecho de fondo.

2.2. Caracteres del derecho procesal

Conforme al desarrollo efectuado pueden señalarse como caracteres del derecho procesal los siguientes: es público, es realizador, es secundario y es autónomo.

El derecho procesal es público

En virtud de la regla de oficialidad la publicidad resulta el más significativo de sus caracteres. El derecho procesal en general integra el derecho público interno de la Nación Argentina porque es ejercido por un poder del Estado, el Judicial. Por otra parte, debe señalarse que persigue fines públicos y esto resulta inmutable aunque se esté resolviendo sobre derechos disponibles o de interés exclusivo de las partes.

Por ello, la naturaleza de derecho público que corresponde al derecho procesal no es incompatible con su carácter de fuente de derechos subjetivos, porque al lado de los derechos individuales privados existen los derechos individuales públicos [9].

El derecho procesal es realizador

Este carácter es el que más determina el derecho procesal ya que está dirigido a la efectiva realización del derecho de fondo [10]. En tal

(9) Devis Echandía, ob. cit., ps. 44/6.
(10) Clariá Olmedo, Jorge, ob. cit., p. 12.

sentido, toda norma del derecho procesal es realizadora. La norma procesal es realizadora por su destino ya que a través del derecho procesal se actúa por individualización las normas constitutivas del orden jurídico» [11]. Cabe destacar que Clariá distingue entre normas constitutivas y realizadoras. Las primeras son las que integran el orden jurídico en general en su quietud y siempre están comprendidas en la ley sustantiva. En tanto que las procesales son realizadoras y están destinadas a la recomposición del orden jurídico alterado. Como ejemplo de las constitutivas, pueden citarse las reglas contenidas en los códigos de fondos que regulan los derechos subjetivos individuales, por ejemplo, aquellas que protegen el derecho de propiedad, que reglamentan los contratos, que determinan las obligaciones, etcétera. En tanto que las realizadoras son las que señalan los caminos procesales y el trámite a cumplir para el restablecimiento del derecho violado.

Por regla general el derecho procesal positivo se encuentra en los códigos procesales. Pero, en algunos casos, está contenido en la ley sustancial así, por ejemplo, el trámite de la separación personal o de divorcio por presentación conjunta (arts. 215 y 236 C.C.). La norma que regula la prueba de los contratos prevista en el art. 1193 C.C.; la norma que regula la eficacia probatoria de los instrumentos públicos y privados reconocidos (arts. 979 y 1016 y 1021 C.C.). Se trata pues, de normas sustanciales pero con eficacia procesal.

El derecho procesal es secundario

A este carácter se alude ya que el derecho sustancial o de fondo preexiste cronológicamente al procesal. Pero es claro que ambos se sirven recíprocamente y no sería posible la existencia de uno sin el otro. Así para su efectividad deben actuar integradamente.

Los clásicos del derecho procesal lo consideraban como un derecho secundario denominándolo también accesorio y adjetivo, en oposición al derecho civil y penal que para ellos era el principal y sustantivo. Este criterio es sustentado aún entre los juristas de este siglo.

Sin embargo, el derecho procesal constituye hoy, gracias al esfuerzo de los procesalistas modernos, una rama propia e independiente del

(11) Clariá Olmedo, Jorge, ob. cit., p. 14.

derecho, que no forma parte del derecho civil o penal, y se rige por sus propias reglas fundamentales. Por eso se ha dicho que las normas procesales son normas medios, porque sirven para la aplicación o realización de las normas objetivas materiales; y son normas instrumentales, porque a través de ellas se realiza el derecho objetivo en los casos concretos [12]. Caber señalar que este carácter que hace que el derecho procesal sirva de medio y se adecue a los derechos sustanciales, no le hace perder su autonomía, ni tampoco su unidad como veremos [13].

La autonomía de esta ciencia ha sido reconocida recientemente y significa que vive con independencia del derecho sustantivo.

3. La elaboración científica del derecho procesal

«El régimen procesal de un país, tiene una trascendencia social y económica que se traduce en consecuencias prácticas. Allí donde el procedimiento es dificultoso, la administración de justicia resulta tardía, cara y deficiente» [14].

Por ello, si se muestra una organización judicial idónea y reglas de procedimientos adecuados hacen en definitiva a la satisfacción del interés general y al orden social. Por cierto que todo ello deber ser acompañado de operadores jurídicos ágiles y eficaces capaces de hacer posible un buen régimen judicial. En el Estado actual están dadas las condiciones para que ello se logre. En efecto, el derecho procesal ha logrado ya su madurez como ciencia y contamos con ordenamientos legislativos modelos capaces de otorgar la eficacia a los procedimientos que los requerimientos sociales demandan.

La historia del derecho procesal como ciencia es corta; se trata de un derecho nuevo a diferencia de lo que sucede con otras ramas de las ciencias jurídicas que ostentan una tradición en la doctrina; por el contrario, su elaboración es actual, es moderna y aún están reestructurándose sus reglas.

Hasta el siglo XVIII el derecho procesal fue tratado como un mero trámite, como un simple procedimiento, como una serie de actos que se concatenaban entre sí para llegar a un fin, pero no era estudiado en

(12) Devis Echandía, Hernando, ob. cit., ps. 40/1.
(13) Vescovi, Enrique, ob. cit., ps. 10/11.
(14) Alsina, Hugo, ob. cit., ps. 47/48.

forma sistemática. No se lo concebía como ciencia y la tarea de investigación jurídica que se realizaba estaba constituida por simples comentarios netamente prácticos, con explicaciones más o menos prolijas del mecanismo procesal, concebido como un conjunto de fórmulas encerradas en la absoluta accesoriedad de cada rama con el derecho sustantivo al cual servía [15].

Es la época de los «prácticos» que se extiende hasta el s. XIX, considerada como procedimentalista en donde no existían investigaciones profundas ni elaboración de reglas o principios generales. La ley era considerada como el único objeto de conocimiento.

Los grandes acontecimientos históricos ocurridos en Europa en esa época influyen en nuevas formulaciones jurídicas, no sólo sustanciales sino también formales. Así la sanción del Código de Procedimiento Civil francés, que adopta algunos de los postulados de la Revolución Francesa, como por ejemplo, la separación de los poderes, la postulación de la justicia gratuita, la inamovilidad de los jueces, la supresión de fueros, la igualdad de todos ante la ley, la obligación de fundar las sentencias, etcétera, produjo en el régimen procesal una transformación que no tardó en extenderse a los demás países, pero que no obstante no modificó los conceptos de la doctrina. De allí, que la llamada doctrina civilista del proceso, era compartida por los comentadores del código procesal, pero expuesta principalmente por los tratadistas de derecho civil y comentada por los glosadores en forma superficial. Resultaba necesario, entonces, cortar esta cadena de amarre, para que el derecho procesal iniciara su ascensión hacia la conquista de un lugar propio en el campo de la ciencia [16].

Así, la evolución histórica del derecho procesal se encamina a lograr la formulación de una «teoría general del proceso» que englobe principios teóricos comunes a las diferentes ramas del derecho procesal, que, no por moderna y breve deja de presentar vicisitudes. A grandes rasgos pueden enunciarse cuatro etapas que son señaladas doctrinariamente por Alsina [17] y que se formulan a lo largo del tiempo en la búsqueda constante de principios generales. Estas ideas que reseñaremos, luego son tomadas y

(15) De la Rúa, Fernando, *Proceso y justicia. Temas procesales*, Lerner, Bs. As., 1980, p. 152.
(16) Alsina, Hugo, ob. cit., p. 47.
(17) Alsina, Hugo, ob. cit., ps. 47/48.

representadas en el pensamiento de los grandes autores alemanes e italianos y luego transportadas al derecho nacional.

La 1ª etapa: *Es la de la exégesis*: esta etapa se limita al análisis de normas y en el mejor de los casos a simples anotaciones del derecho positivo.

La 2ª etapa: *Es llamada por Carnelutti, etapa de las ideas particulares*: busca profundizar y extraer los principios de cada institución pero en forma individual. No llega, en consecuencia, a la formulación de reglas generales.

La 3ª etapa: *Es la denominada, la de la teoría general del conocimiento*: Es esta la oportunidad en que Chiovenda en sus célebres obras procesales realiza una tarea trascendente: analiza la estructura, fundamento del proceso; elabora principios comunes a las instituciones. Giuseppe Chiovenda sometió a revisión a la nueva ciencia procesal alemana y publica los famosos *Principios de derecho procesal civil* [18] en que no describe al proceso siguiéndolo en sus etapas, sino que lo fundamenta a través de una orientación lógica, superior a un mero sentido descriptivo [19].

Completa esta tarea, luego con su obra *Instituciones*. En ella reclama el derecho procesal para el derecho público, partiendo de la noción de acción entendida en consonancia con la de jurisdicción, interés público y autoridad del Estado [20].

Con Chiovenda nació un sistema científico para el estudio del proceso, cuya base está constituida por principios en los que se procura resumir la realidad para comprender mejor la ley [21].

La 4ª etapa: *Es la más importante y se conoce como la de síntesis integral*: Con ella comienza a elaborarse científicamente la teoría general del proceso como disciplina común a todas las ramas particulares del derecho procesal (civil, penal, familiar, laboral, etcétera). Se la concibe como la exposición de los conceptos, instituciones y principios comunes a las distintas ramas

(18) Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil*, Reus, Madrid, 1922, t. I.
(19) De la Rúa, Fernando, ob. cit., p. 154.
(20) Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, Revista de Derecho Privado, 1940, t. I.
(21) De la Rúa, Fernando, ob. cit., p. 178.

del trámite procesal. La teoría general del proceso se contrapone a la particular de sus diferentes ramas, y la relación entre aquélla y éstas podríamos reflejarla, según ya hizo Carnelutti, mediante la metáfora del tronco y de las ramas, con el resultado de que tanta mayor importancia tendrá el primero cuanto mayor sea la altura a que la ramificación comience. Se sobreentiende, asimismo, que la difusión y el arraigo de la teoría general del proceso en facultades y escuelas de Derecho ha de tener hondas y beneficiosas repercusiones de índole doctrinal, docente, legislativa y jurisprudencial, según intentaremos demostrar.

Conforme a la evolución reseñada puede concluirse que en la realidad actual el derecho procesal es mucho más que una mera práctica judicial, y ha transitado un camino por el que resulta inomitible su tratamiento como ciencia.

Si bien su principal objeto de conocimiento es el contenido normativo del derecho procesal y del fenómeno «proceso» como estructura técnica, su estudio no se realiza en forma aislada y desconexa, sino a la luz de la formulación de principios y reglas generales que rigen en conjunto los diferentes sistemas. Su análisis no puede limitarse a un procedimiento o trámite, sino que implica un estudio profundo con una visión subjetiva y objetiva compresiva del conjunto de poderes, deberes, facultades y potestades, que incumben a los sujetos procesales y de las consiguientes actividades, encuadradas en conceptos esenciales que han de darle validez universal [22].

La elaboración científica del derecho procesal se vincula con la profundización por parte de la doctrina en temas fundamentales del derecho procesal general.

Por ello, Jorge Clariá Olmedo, uno de los principales exponentes señala que modernamente puede afirmarse que entre los objetos de conocimiento del derecho procesal civil, penal, laboral, familiar, etcétera, se advierten elementos comunes muy importantes y que se manifiestan como suficientes para justificar una teoría general común a todas las ramas. De aquí que pueda sostenerse que es admisible un tratamiento científico «único» en forma conjunta de problemas procesales y las diferencias o

(22) Clariá Olmedo, ob. cit., p. 35.

contraposiciones existentes entre algunos de sus principios básicos resulta solamente de la diversa índole de los intereses puestos en juego [23].

Los conceptos básicos de esta disciplina, en consecuencia, pueden ser expresados en una unidad esencial que comprende a todo el derecho procesal. Ello resulta así porque tanto el derecho procesal penal, como el derecho procesal civil, son ante todo y sobre todo, derecho procesal [24].

El movimiento científico concreta entonces la exposición de ciertos conceptos y principios generales, sin referencia a un ordenamiento positivo determinado. Estas elaboraciones integran el llamado «derecho procesal general» y expresan una tendencia hacia la unidad científica.

Se arriba así, a la elaboración de conceptos de vigencia universal, sistematizados en principios y reglas, que explican los poderes de acción, jurisdicción y excepción entroncados en la idea del proceso, teniendo en cuenta el íntegro ámbito del derecho procesal, sin reticencias particularizadoras dentro de la unidad fundamental del orden jurídico [25].

La ciencia del proceso nace como tal en el ámbito del civil, y posteriormente, pasa al proceso penal dentro del que se desarrolla como un reflejo, procurando adaptar los nuevos conceptos a una sustancia diferente. Por ende, las elaboraciones originarias se suceden por análisis concienzudo y sistemático de instituciones pertenecientes al derecho procesal civil primero y que, posteriormente, son tomadas y aplicadas muchas veces sin distinciones ni rigor técnico al procedimiento penal. Pero como la decantación purificadora del tiempo obra con eficacia sobre todo en el campo de la ciencia jurídica, la dirección de los estudios hacia la formación de una teoría general del proceso, va acortando distancias.

Los estudios iniciales ahondan en temas de alta significación para el derecho procesal y puede señalarse como primer punto de análisis, lo que se ha dado en llamar la trilogía estructural del derecho procesal [26]. Este desarrollo comienza procurando delimitar las instituciones bases del derecho procesal, acción, jurisdicción y proceso en su raíz constitucional, en su vinculación necesaria con el derecho sustancial y en su manifestación procesal.

(23) Clariá Olmedo, ob. cit., p. 39.
(24) De la Rúa, Fernando, ob. cit., p. 174.
(25) De la Rúa, Fernando, ob. cit., p. 176.
(26) Couture, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, Depalma, Bs. As., 1979, ps. 24 y 45, t. I.

Estos temas centrales preocupan y otorgan cimiento a las elaboraciones que fundan la concepción científica del derecho procesal general y se completan, posteriormente, con la indagación acerca de la naturaleza jurídica de los poderes de realización del proceso (acción, excepción y jurisdicción).

Estos desarrollos parten de lo que denominó Podetti, trilogía estructural del derecho procesal y limita su exposición a los conceptos de acción, jurisdicción y proceso. Este pensamiento es completado y reelaborado por Clariá Olmedo quien los denomina poderes de realización del proceso e incluye al poder de excepción.

Consecuentemente, se investiga y discute sobre la esencia y caracteres del fenómeno «proceso» como estructura técnico jurídica.

Respecto de la acción se determina su independencia de la acción sustancial; también se procura dilucidar su naturaleza jurídica, sus caracteres, su dirección y su objeto. Correlativa y complementariamente se profundiza también en los otros poderes de realización -jurisdicción y excepción- que juntamente con la acción entroncan en la idea de proceso.

Se advierte, asimismo, sobre la existencia de una relación jurídico procesal que se desarrolla en los trámites en forma autónoma y se identifica respecto de ella a los presupuestos procesales como elementos o requisitos indispensables para su constitución. Esta relación jurídico procesal tiene como protagonistas a los sujetos procesales necesarios, titulares de los poderes de realización, que presentan un diferenciado posicionamiento según sea el derecho que se pretenda realizar; así, por ejemplo, en el proceso civil, la relación se establece entre actor, juez y demandado. En tanto que, en el proceso penal ella se entabla entre acusador, tribunal e imputado. Se advierte, asimismo, en forma complementaria que en el proceso judicial además coexisten múltiples relaciones procesales menores y cambiantes en el que intervienen sujetos procesales eventuales (terceros, auxiliares de la justicia, órganos de prueba, etcétera).

Vinculado a esto se determina la existencia de categorías procesales como contenido del proceso, señalándose en ellas, situaciones activas y pasivas. Así se distingue la mera facultad, el poder-deber o potestad y la carga procesal diferenciándola de la carga pública.

Respecto del proceso judicial se lo delimita externa e internamente procurando precisar, en este último aspecto, su naturaleza jurídica. En tal sentido, se señala que el proceso es una institución que contiene una relación jurídico procesal que se desarrolla en forma autónoma e independiente.

También se identifican algunas instituciones que resultan netamente procesales y se las distingue de otras que si bien aparecen como emparentadas con ellas son de naturaleza sustancial. Tal diferenciación se efectúa, por ejemplo, respecto de los conceptos de admisibilidad (de naturaleza procesal) y fundabilidad (que hace al aspecto de la pretensión sustancial).

Como se ve de esta breve reseña, los esfuerzos se dirigen a profundizar conceptos, principios y reglas comunes que son las que perfilan la autonomía del derecho procesal y que integran el derecho procesal general y que en su avance encuentran nuevos nichos o núcleos problemáticos comunes a todas sus ramas.

Para ello, el esfuerzo se dirige a establecer elementos comunes en las distintas instituciones y establecen sus diferencias con el objetivo final de determinar su alcance. Por lo tanto, no obstante, destacar por su relevancia y por constituir el puntapié inicial, estos puntos relativos a los poderes de realización, a la autonomía de la acción y a las características del proceso, los estudios continúan y la teoría general va abarcando a otros conceptos que comprenden la materia relativa a los actos procesales, a la prueba, a la actividad decisoria, a la impugnativa, y a la cautelar, etcétera.

Por eso se ha dicho que la admisión del derecho procesal como ciencia se vincula a la teoría general del proceso, e implica la exposición sistemática de conceptos, instituciones y principios comunes a las distintas ramas del enjuiciamiento [27].

El tema crucial está en determinar hasta qué punto entre las distintas ramas procesales median coincidencias esenciales o rasgos comunes que no sólo permitan su cotejo en el plano comparativo sino que además contribuyan a la elaboración de una teoría general.

Complementariamente, resulta pertinente también, establecer sus diferencias. En tal sentido, es necesario tratar de determinar el alcance de la unidad y establecen si la comunidad de reglas resultan directamente

---

(27) Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, «De la Universidad y la diversidad del derecho procesal surge lo que se llama teoría general del proceso. La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal», ponencia realizada en memoria del maestro Eduardo Carlos, Bs. As., 1959, p. 533.

aplicables a todos los institutos del derecho procesal en todas sus ramas o si por el contrario deben limitarse sólo a algunos de ellos o en forma parcial.

4. Teoría general del proceso

Por la tarea que hemos reseñado se acepta por un sector importante de la doctrina la existencia de una unidad esencial del derecho procesal compatible con la existencia de varios y diferentes sectores y que se traslada a la legislación tanto en lo que se refiere: a la organización judicial, como a las reglas de la competencia; al proceso como estructura técnica y, en definitiva, con mayor razón a las reglas generales de los procedimientos aunque esto último sea también una cuestión interna de las diferentes ramas.

Se afirma la posibilidad de un estudio común de las instituciones procesales que resulten válidas para las diferentes ramas del derecho procesal. Ellas serían integrativas y configurarían la llamada teoría general del proceso que además es aplicable tanto para el dictado de los códigos formales, como en lo referido al estudio y enseñanza del derecho procesal.

El estudio de la teoría general debe formular reglas generales comunes a todas su ramas (civil, penal, familiar, administrativo, laboral, etcétera). Esta teoría comprende el análisis de elementos estructurales de todas las ramas.

Algunos de estos elementos generales y comunes ya están determinados, pero el alcance definitivo de su contenido no está delimitado aún en forma concreta. En este sentido es importante destacar que la actitud de la doctrina no es pacífica y se distinguen dos posiciones encontradas, la de los «autonomistas» y la de quienes se oponen a ella esgrimiendo diferentes argumentos y que niegan en definitiva la posibilidad de una teoría general del proceso.

La corriente autonomista sostiene que el derecho procesal es único, es decir, uno solo, puesto que regula en general la función jurisdiccional del Estado, y sus principios fundamentales son comunes a todas sus ramas. No obstante ello, se señala que por la diferente naturaleza de las normas del derecho de fondo, se divide en derecho procesal civil, penal, contencioso-administrativo, del trabajo, fiscal, etcétera [28]

(28) Devis Echandía, Hernando, ob cit , p. 43

Por ello en general, sostienen la existencia de una unidad esencial compatible con la existencia de varios y diferentes sectores, y ello se traslada a la legislación, tanto en lo que respecta a la organización judicial, como a las reglas de competencia, al proceso como estructura técnica y, en definitiva, con mayor razón aún a los procedimientos, aunque esto último sea también una cuestión interna de las distintas ramas [29].

Por ello el estudio de la teoría general del proceso, se manifiesta como limitado en lo que se refiere a las vías procesales y procedimientos. En efecto, el análisis de las vías adjetivas señaladas por la ley pertenece a las diferentes ramas procesales. Así el derecho procesal general debe concentrarse en conceptos capaces de presentar la característica de validez uniforme en todas sus manifestaciones

El pensamiento autonómico aunque muy difundido y de prevalente aceptación entre los procesalistas, es resistido por algunos autores, fundamentalmente, del ámbito procesal penal, sector desde el que se prohíjan disidencias.

Estos autores pertenecientes a la denominada corriente diversificadora cuestionan o niegan su existencia y expresan que la propuesta doctrinaria de tratar al llamado derecho procesal, sin aditamento como una unidad *«carece de rigor crítico y que la creación de una teoría unitaria del proceso o del derecho procesal no puede aceptarse en forma pacífica»* [30].

Este sector de la doctrina no discute la existencia de «identidad de vocabulario» e instituciones entre el derecho procesal civil y penal. Por ejemplo, en lo atinente a la organización judicial, al juez, a la competencia, a los recursos, a los plazos, a la sentencia, etcétera, pero expresan que esta uniformidad de léxico hace más fácil la identidad, pero argumentan que ella, en muchos, casos es sólo aparente Concluyen afirmando que, como consecuencia, las similitudes no pasan de lo formal y se limitan a lo que se denomina funcionamiento interno de las reglas jurídico procesales Así, arguyen que no son válidas, por ejemplo, en lo concerniente a la estructura de los actos procesales, a las consecuencias jurídicas que acarrean ni tampoco para su ineficacia o a su nulidad, etcétera [31].

(29) Clariá Olmedo, Jorge, ob. cit., p 37
(30) Maier, Julio, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Bs As , 1999, t I, «Fundamentos», p. 166
(31) Maier, Julio, ob. cit., p. 168

Reafirman esta argumentación diciendo que contribuye a esta identificación formal solamente la similar estructura normativa que se da en las normas del derecho procesal penal con las del derecho procesal civil. En efecto, ambas ramas utilizan un mismo tipo de normas jurídicas que se diferencian de las del derecho de fondo. Estas últimas, sea que correspondan al derecho penal o civil o de otra naturaleza, son conceptual y estructuralmente distintas.

Por eso, advierten que la explicación e investigación conjunta de los derechos procesales penal y civil conduce, no bien se abandonen las estrechas fronteras de su identidad formal, a gruesos errores conceptuales y lamentables confusiones, en especial generan construcciones inútiles que nada explican y mucho confunden. En este sentido, recalcan que el derecho procesal penal ha soportado bastante con la transmisión de instituciones y conceptos del derecho procesal civil [32]. En definitiva, estos autores niegan la posibilidad de una teoría general del proceso, y proclaman que se trata de una identidad meramente aparente.

Las objeciones esgrimidas a la posibilidad de una teoría general son varias y suscitan un gran debate de ideas.

Los unificadores representados, entre otros, por Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Jorge Clariá Olmedo, Fernando de la Rúa, Enrique Vescovi y Hernando Devis Echandía afirman respecto del proceso que es una institución común y que su fin es obtener una decisión jurisdiccional formal dictada en todos los casos por un tercero imparcial. Por lo que no puede plantearse su diferente naturaleza. Por otra parte rebaten los argumentos de los opositores, esgrimiendo diferentes argumentaciones

Así, por ejemplo, quienes niegan la posibilidad de una teoría general plantean, además del argumento normativo como obstáculo a su concreción, razones que se vinculan al diferente objeto del proceso civil y penal, al diferente posicionamiento de los sujetos esenciales o eventuales, etcétera. Como se dijo, quienes se oponen a la unidad señalan el diferente objeto del proceso civil y del proceso penal ya que el primero es de carácter privado y el segundo es de carácter público y se refiere al poder represivo del Estado. Esto es rebatido por Alcalá Zamora y Castillo quien expresa que esos argumentos no son válidos si se piensa por ejemplo

(32) Maier, Julio, ob. cit., p. 168.

en la familia, institución del derecho privado, pero referida a la cual muchas veces se hacen prevalecer intereses públicos diversos al de las partes (el del niño, el interés familiar y el interés público) [33].

En cuanto a los sujetos principales o secundarios (esenciales o eventuales), se señala que el cambio de posicionamiento que se advierte en las diferentes ramas es propio de su correspondiente caracterización.

Desde otro ángulo, se desarrolla como argumento corroborante que la unidad del derecho procesal se enfatiza y se ve favorecida por la manifestación de dos corrientes de dirección opuesta: la que se ha dado en llamar la civilizadora (privatizadora) del proceso penal y la de penalización del proceso civil con el consiguiente acortamiento de distancias [34].

En efecto, los nuevos sistemas y ordenamientos procesales civiles propician una participación activa del juez o tribunal a quienes se otorgan poderes especiales a tal fin. En tanto que, inversamente en el nuevo procedimiento penal se impone para su etapa final -la más trascendente, la de juicio- las reglas del acusatorio por lo que la actuación del juez o tribunal es pasiva y casi se podría decir que se limita a escuchar la prueba y alegatos y dictar la sentencia.

Estas conclusiones que son válidas en lo científico y académico, no se desvirtúan por el hecho de que ciertas instituciones o sectores del derecho procesal puedan no adaptarse -al menos tan fácilmente-. Así sucede, por ejemplo, en lo relacionado al régimen de las pruebas o al de las medidas cautelares. Pero aun en estos casos, nada impide que puedan formularse, aunque más limitadamente, reglas generales y comunes para estas instituciones.

Cabe señalar, sin embargo, que la posibilidad de una unidad de la problemática formal entre las diversas manifestaciones del derecho procesal no debe sobrepasar sus propios límites e ignorar la estrecha coordinación de principios y metas políticas que une a cada uno de los derechos procesales con su respectivo derecho material. En cierta manera, cada norma del derecho sustancial condiciona políticamente al derecho procesal que le corresponde, de modo tal que la meta principal de ellos,

(33) Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, ob cit., ps 547, 555 y 556
(34) Alcalá Zamora y Castillo, ob cit., p 578

esto es, la realización del derecho material, abre paso a una serie de principios procesales propios de cada uno de los derechos procesales específicos, que determinan básicamente toda su regulación. Piénsese, por ejemplo, en las especiales características y diferencias que presentan en su regulación el derecho procesal de familia o laboral respecto del procedimiento civil o penal.

Por ello, nos proponemos formular un plan de trabajo apto para el estudio de la materia teoría general del proceso, válido desde el punto de vista doctrinario y legislativo.

A ello debemos agregar, además, las ventajas de su aplicación e inclusión en programas académicos para una difusión adecuada y ordenada pedagógicamente de la materia.

5. La evolución en el pensamiento de los autores

El debate de los temas centrales del derecho procesal se efectúa en forma paulatina y no resulta fácil señalar un orden cronológico en el avance de las ideas. Por ello, a los fines del desarrollo de este tema apelamos al señalamiento de núcleos problemáticos ya que su forma de solución es la que dará entidad a la ciencia del derecho procesal.

El aporte que puede señalarse como inicial y de significación para la ciencia del derecho procesal, es el realizado por Windscheid (1856), autor alemán del s. XIX, quien dirige sus esfuerzos a desentrañar la naturaleza jurídica de la acción procesal y efectúa un deslinde de importancia respecto a la acción sustancial. Este autor, da el puntapié inicial en lo que se refiere a la autonomía aunque no logre acabadamente el objetivo final. Su principal mérito es el de identificar el concepto de pretensión (*anspruch*), diferenciándolo del de acción.

La concepción de Windscheid respecto de la acción procesal, es completada por otro doctrinario alemán llamado Muther (1857). Este colabora en la tarea de aislar a la acción como institución propia del derecho procesal, y advierte que debe trasladarse este concepto del campo del derecho privado al del derecho público. Ello resulta así, ya que Muther sostiene que la acción es un derecho a la tutela jurídica que no se dirige contra el adversario sino fundamentalmente frente al Estado.

Cabe destacar, sin embargo, que aun reconociéndole sus méritos estas posiciones han sido objeto de críticas. En efecto, se ha señalado acertadamente, que se trata de teorías respecto de la acción

denominadas «concretas». Ello significa que estos autores condicionan la posibilidad del ejercicio de la acción procesal a la necesaria violación de un derecho subjetivo. En esta tesitura se concluye que quien no cuenta con un derecho subjetivo violado carece de acción. Como se ve, al asignarle carácter concreto al poder de acción, esta tesis se torna vulnerable ya que con ella no se justifica el trámite procesal frente a una pretensión infundada o ante la demanda que resulta rechazada al momento de dictar sentencia por falta de pruebas.

Por las falencias de estas posiciones concretas, surgen por reacción las denominadas abstractas. Uno de sus principales expositores es Degenkolb, quien pretendiendo superar estos escollos, profundiza en el tema de la independencia de la acción y afirma su desvinculación total del derecho subjetivo violado. Señala el carácter abstracto de la acción, a la que concibe como un mero derecho subjetivo público de accionar en juicio, derecho que se manifiesta como simplemente cartular y que puede ejercitarse sin vinculación a una situación fáctico concreta. Pone tanto énfasis en la abstracción, que llega a considerar a la acción como un mero derecho a peticionar despojado de todo contenido.

Sin embargo, debe señalarse que el antecedente más importante entre nosotros, es la obra de Chiovenda quien a mediados de 1900 se pronuncia en forma enfática por la autonomía del derecho procesal en su obra *Principios* [35] y concibe a la acción como derecho potestativo autónomo. Discípulos de Chiovenda, continúan su tarea. Así Calamandrei, Rocco, Ridenti, Mauro Cappeletti, por mencionar sólo algunos.

Los desarrollos de la escuela alemana e italiana importan logros significativos en orden a la determinación de la naturaleza y autonomía de la acción procesal.

Hoy no se discute que constituye un poder de realización del proceso; que es autónoma respecto del derecho sustancial, pero que, sin embargo, tal autonomía no significa una desvinculación total y absoluta sino que encuentra íntima relación con éste a través de la pretensión que contiene. Ello es así ya que el derecho a peticionar ante las autoridades judiciales sólo puede ejercitarse cuando se afirman hechos jurídicamente relevantes.

Otro núcleo problemático de importancia es la determinación de la naturaleza jurídica o esencia del proceso. Con ese fin y desde otro ángulo

(35) Chiovenda, José, ob. cit., p. 55

en 1868 Von Bullow da un paso más hacia la autonomía dirigiendo su observación al fenómeno de la relación jurídico procesal.

La analiza, la independiza y señala que para su existencia es necesaria la concurrencia de presupuestos procesales. Estos se manifiestan como requisitos indispensables, poniendo en evidencia que se trata de condiciones necesarias para la constitución de una relación jurídico procesal válida que puede existir, desarrollarse y concluir con independencia de la relación sustancial subyacente cierta o aleatoria.

La existencia de una relación jurídico procesal válida, está condicionada por la concurrencia de un juez competente, de partes con capacidad procesal para actuar y, además, que la petición se realice conforme a los requisitos establecidos por la ley.

Otro aporte importante es el que realiza Goldschmid (1926) quien niega que el proceso sea o contenga una relación jurídica. Este autor pone énfasis en la existencia de *situaciones jurídicas*, de expectativas jurídicas que se configuran por la distinta posición en que se encuentran los sujetos frente a la eventualidad de la sentencia. Pero la contribución más importante de Goldschmid es la identificación y deslinde del concepto de «carga procesal» a la que distingue de otros tales como, poder, potestad o facultad. Caracteriza a la carga como un imperativo que tiene el sujeto en virtud de su propio interés y que se refleja en las consecuencias disvaliosas que pueden ocasionársele ante un no actuar procesal frente a una actividad querida por la ley

En el mismo orden de ideas, Guasp utiliza para delimitar el concepto de proceso en un aspecto teleológico. Señala que sus fines son trascendentes y están representados por el logro a través de su desarrollo de un concepto superior y que denomina «idea común objetiva». A esta *idea común objetiva* deben adherir la voluntad de los particulares llamados a participar en el proceso y aunarse a la obtención de la paz jurídica y en la realización del valor justicia

Gracias a la tarea de estos autores en la doctrina procesal moderna no se discute si el proceso es o contiene relaciones jurídico procesales sino que, por el contrario, se admite que a través de este instrumento técnico se establecen relaciones de naturaleza procesal; que se desarrolla en base a estímulos proporcionados por las potestades, facultades, deberes o cargas que se conceden o imponen a los sujetos en su devenir. Y que el fin de la actividad en todos los casos es la obtención de la justicia.

Otro eje problemático y que facilita y clarifica el pensamiento procesal moderno es el que efectúa más recientemente Fairen Guillen quien advierte sobre la necesidad de distinguir entre conceptos básicos procesales y sustanciales que muchas veces son confundidos. Así señala la línea divisoria entre «admisibilidad» y «fundabilidad» (concepto prevalentemente procesal el primero y material el segundo).

Como se ve, los aportes científicos iniciales más importantes son efectuados por la doctrina alemana e italiana. Sus desarrollos son los que dan base y justifican la ciencia del derecho procesal y señalan los rumbos del posterior movimiento codificador.

El derecho procesal contemporáneo abreva en todas estas fuentes. Sin embargo, con la formación de los Estados modernos, el derecho procesal se caracteriza diferenciadamente en cada continente y en cada país.

Así puede señalarse que en materia penal es la Revolución Francesa quien promueve nuevos principios o ideas pero que son captados, fundamentalmente, en las constituciones y no tanto en los códigos (oralidad, publicidad, libre apreciación de las pruebas, contradicción, etcétera).

En el campo del proceso penal, puede citarse la tarea de Manzini y Florián, como los más altos expositores que encabezaron el movimiento autonómico. Ellos concibieron a la acción como un poder abstracto, y al proceso como una relación jurídica, desenvolviendo sus ideas con un método sistemático y liberal. Desarrollan las reglas relativas a la inviolabilidad de la defensa, del juez natural, formulan el principio del *non bis in ídem*, etcétera. Sin embargo, se les ha criticado porque otorgan a la figura del juez una preeminencia excesiva. Tanto es así que el propio Manzini expresa que el juez constituye la mejor garantía [36].

El proceso civil de nuestro país, con diferente suerte, se realiza siguiendo el lineamiento dado por los españoles. En efecto la ley de enjuiciamiento civil de 1855 y de 1881 dan base y fundamento a los códigos procesales provinciales. La primera es fuente del C.P.C.N. y de muchas provincias, en tanto que la segunda es seguida, fundamentalmente, por Córdoba y Santa Fe. Tomando sus lineamientos se elige una tradición formal y civilista del proceso: trámites, escritos, formales, muy dispositivos y bajo el régimen de la doble instancia. Señala Vescovi que *«lamentablemente se han seguido esas fuentes que no habían absorbido las ideas francesas y que ostentaban un sensible atraso»* [37].

---

(36) De la Rúa, Fernando, ob cit , p 161.
(37) Vescovi, Enrique, ob cit , p. 30

Así se ha señalado que «se copia» una legislación que estaba dos siglos atrasada respecto de los códigos procesales modernos.

En nuestro continente el cambio se propicia a partir del s. XX desde el Instituto Latinoamericano, hoy Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que hace que las concepciones científicas se difundan y se manifiesten con importantes aportes doctrinarios y un significativo movimiento codificador.

En el ámbito de la doctrina debe destacarse en México la tarea de Niceto Alcalá-Zamora y Héctor Fix Zamudio; en Colombia, se verifican los aportes de Hernando Devis Echandía; en Venezuela, es trascendente la labor de Arminio Borja y Luis Loreto; en Uruguay, Eduardo Couture, Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Vescovi.

En el ámbito de la codificación nuestro país se presenta como fértil y prematuro en la materia procesal penal. En este aspecto debe citarse a Carlos Tejedor, quien elabora un proyecto de Código Procesal Penal de trámite escrito y prevalentemente inquisitivo; pero más trascendentes resultan los trabajos de Tomás Jofré, autor del *Manual de Procedimiento* que apareció en 1919, de quien puede decirse que inicia la etapa propiamente científica (Código para la Provincia de Buenos Aires, 1915). A través de la obra de Jofré se prepara el campo para el desarrollo del moderno procesalismo argentino. [36]

Sin embargo, es desde Córdoba, donde se produce una gran renovación a partir de 1940 cuando comienza a regir el Código Procesal Penal elaborado por los Dres. Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde. Nuestra provincia es así pionera del sistema oral y se despoja en gran medida del viejo sistema de corte inquisitivo y escriturario para reemplazarlo por un código moderno de trámite oral inspirado fundamentalmente en el pensamiento italiano de principios del s. XX. La sanción de estos códigos constituyen un modelo y ejemplo para todo el país.

Sin embargo, sus opiniones y principios plantean la gran batalla del proceso penal, y las tendencias se dividen entre oralistas y escrituristas. Prevalecen las opiniones de los oralistas pero dificultades materiales y económicas para implementar tribunales adaptados a estos sistemas postergan el cambio. En 1969, el Código cordobés de 1940 fue reemplazado por otro preparado también por Vélez Mariconde que, sin alterar el sistema ni la sustancia, introduce modificaciones sugeridas por la experiencia.

La influencia de la escuela de Córdoba, se extendió por toda América latina y el Instituto Iberoamericano encomendó a Vélez Mariconde, Clariá

Olmedo y Fernando de la Rúa, la preparación de un proyecto de código uniforme para Latinoamérica sobre la base del Código de Córdoba. [37]

En el ámbito del derecho procesal civil de nuestro país los años 1941 y 1942 marcan hitos y son lo que Sentís Melendo designa como *«la época más grande del procedimiento argentino»*.

Aparece, el *Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial* de Hugo Alsina y los *Fundamentos del derecho procesal civil* de Eduardo Couture. También, Ramiro Podetti, presenta sus obras *Teoría y técnica del proceso civil* y *Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*.

Referido a la codificación, cabe destacar, como antecedente relevante posterior a muchos otros, la ley 14.237, de 1953 (de Oderigo y Payo), el proyecto de 1949 (de Ramiro Podetti) y, muy especialmente, los trabajos realizados por el Instituto de Derecho Procesal del Ministerio de Justicia. En general, se procura conceder mayores facultades y poderes a los jueces, la agilización de trámites y la incorporación de reglas elaboradas por la experiencia (doctrina y jurisprudencia). Esta ley es derogada y reemplazada por la 17.454. Posteriormente, se dicta la ley 22.434 que modifica significativamente el Código Procesal Civil de la Nación; la reforma implica un cambio y reordenamiento de la ley procesal vigente. Sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo del movimiento codificador, han existido diversas reformas parciales, siendo la última de ellas la ley 25.587 con vigencia a partir de mayo de 2002. Hoy, en el orden nacional, se cuenta con una legislación más moderna y avanzada que la de nuestra provincia.

Sin embargo, es de destacar que en materia procesal civil el gran cambio se opera también por obra del Instituto Iberoamericano del Derecho Procesal que encarga a los profesores uruguayos, Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Véscovi, al que luego se incorpora el profesor Luis Torello la redacción de las «Bases uniformes para la legislación procesal civil latinoamericana».

Como consecuencia de este esfuerzo en el que participan muchos estudiosos del derecho procesal de todo el continente americano, se elabora el anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica publicado en Montevideo en 1988 [38]. Este ordenamiento es el que

(38) Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Montevideo, 1988.

propone cambios fundamentales regulando un proceso tipo de característica oral para el trámite civil. Sirve de fuente al Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay [39], sancionado en [illegible] que introduce un cambio copernicano en las instituciones procesales civiles de ese país. Establece modelos de procesos por audiencia de carácter mixto con instancias escritas y oralidad. Esta legislación resulta exitosa en el Uruguay y las estadísticas luego de varios años de vigencia y funcionamiento, así lo demuestran.

En nuestro país, el proceso por audiencias es aceptado doctrinaria y legislativamente. Se muestra especialmente a través de dos grandes líneas que marcan los proyectos denominados Morello y Colombo. El primero de 1993, denominado Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; en esta obra participan además del maestro Mario Augusto Morello, los Dres. Roland Arazi, Mario Kaminker e Isidoro Eisner. Su contenido propone, además, de reglas de carácter general una regulación completa del juicio por audiencia ante un tribunal unipersonal concediendo para impugnar la sentencia recursos ordinarios a decidir por tribunales colegiados.

En el proyecto Colombo de 1995, participan los Dres. Julio Cueto Rúa, Raúl Etcheverry y Héctor G. Umaschi y la diferencia en la regulación se establece en que, este último, propone que el trámite se realice ante un tribunal colegiado de sentencia con procedimiento oralizado de instancia única.

En la Argentina estas ideas se difunden y prenden con la sanción de códigos adjetivos actualmente vigentes en algunas provincias, tales como Tierra del Fuego y La Pampa, y en las que su instrumentación resulta exitosa. Su adopción no es general, se plantean resistencias y se advierte algunas dificultades para su implementación generalizada. Gravitan, fundamentalmente, objeciones de carácter personal y económico.

Ello es así ya que el éxito obtenido por estos ordenamientos generalmente ha sucedido en comunidades pequeñas y el modelo total muchas veces no resulte válido o trasladable a otras latitudes densamente pobladas.

Las objeciones económicas apuntan, fundamentalmente, a lo oneroso del sistema y los personales se dan por la resistencia al cambio que plantean los operadores jurídicos.

---

(39) Gelsi Bidart, Adolfo; Corello, Luis, Vescovi, Enrique y Uriate, Gonzalo, *Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay*, Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 1990.

También se han propuesto modelos intermedios. Ellos se formulan por la propuesta de cambios parciales tomando sólo algunas de sus instituciones con el fin de atemperar el rigor de los trámites rigurosamente escritos incluyendo algunas instancias oralizadas. Fundamentalmente, la propuesta se concreta con la inclusión en el trámite escrito de una audiencia preliminar -instancia concentrada, oralizada y con protagonismo del juez- luego de trabada la litis. Esto ha sucedido, por ejemplo, en algunos códigos procesales, tales como el Código Procesal de la Nación y el de Río Negro.

6. El derecho procesal: su manifestación en el ámbito civil, penal, familiar y laboral

Objeto de conocimiento y diferencia

Corresponde al Estado administrar justicia por lo que debe organizar la magistratura y fijar las atribuciones y deberes de sus integrantes. Le compete además, según lo establecido en los arts. 75 inc. 12 y 121 C.N., sancionar las normas de procedimiento que se compendian en los denominados «códigos procesales».

El Estado, entonces, ejerce y se arroga para sí, el poder de jurisdicción que le permite conocer y resolver los conflictos que le son presentados, los que pueden ser de diferente naturaleza: civil, penal, familiar, laboral, contencioso administrativo, etcétera.

La naturaleza del derecho de fondo a realizar establece diferentes condiciones en las pretensiones planteadas, lo cual determina un cambio en las características que asume esta potestad judicial del Estado. Así, a veces, ella está dirigida a la reparación o composición de derechos violados o establece conminaciones de pena cuando el derecho sustancial penal ha sido transgredido. Por ello es que, atendiendo especialmente al derecho de fondo y a reglas valorativas de política legislativa que se efectúen en un momento dado, se diferencian las formas organizativas de los tribunales, el sistema a seguir y las reglas procesales que se aplicarán, según sea el fuero de que se trate.

Partiendo de un concepto que puede denominarse clásico, la diferencia inicialmente se establece por la naturaleza pública o privada del interés protegido por la norma penal o civil, de las cuales, respectivamente, se deduce el carácter inquisitivo de lo penal y el dispositivo de lo civil. La

jurisdicción civil desde este enfoque es considerada como asunto de interés particular y el proceso civil como cuestión de interés privado; en cambio, a la jurisdicción penal se la considera como asunto de interés público, lo mismo que al proceso penal, ya que se trata de una cuestión de defensa de la sociedad contra el delito. Resulta tan exagerada esta postura que refiere a una dualidad de jurisdicciones sobre estos temas.

Pero en el derecho moderno se rechaza totalmente esa concepción. La jurisdicción es considerada entonces como única y se admite que la función que cumple es exclusiva, de interés general, cualquiera sea la rama a la que se refiera, al proceso se le asigna un fin de interés público en sus diferentes manifestaciones (penal, civil, laboral, etcétera). Por lo tanto, la distinción en cuanto al interés protegido y a los medios hoy, es inadmisible.

La función jurisdiccional del Estado y sus principios fundamentales son comunes a todas sus ramas. Sin embargo, conforme a la naturaleza de las normas de fondo que atañen al conflicto, puede dividirse en derecho procesal, civil, penal, contencioso, administrativo, del trabajo, etcétera.

El derecho procesal general, como se ha dicho, es una ciencia jurídica que estudia principios, sistemas y normas que se refieren a la realización jurisdiccional del derecho. Su objeto es regular la función judicial del Estado, a) en la solución de distinta naturaleza, entre particulares y de éstos con el Estado y sus entidades o funcionarios, b) en la declaración de certeza de ciertos derechos subjetivos o de situaciones jurídicas concretas cuando la ley lo exige como formalidad para su ejercicio o reconocimiento; c) en la investigación y sanción de hechos ilícitos de naturaleza penal; d) en la prevención de hechos ilícitos; e) en la tutela del orden jurídico constitucional; f) en la tutela de la libertad individual, de la dignidad de las personas o sus derechos que la constitución y las leyes les otorgan [40].

Bajo el prisma del derecho procesal general se investigan e individualizan principios y reglas comunes en el devenir judicial, cualquiera sea su rama y que son válidas a la hora de dictar y de aplicar las leyes procesales. Los principios procesales se manifiestan como máximas o reglas generales del proceso y que son comunes a todas sus ramas. Así sucede, por ejemplo, con ciertos principios clásicos, tales como el principio

(40) Devis Echandía, Hernando, ob. cit., p. 43

de bilateralidad, inmediación, celeridad, economía, concentración, buena fe y lealtad procesal, etcétera. Estas reglas funcionan como máximas antiguas y que se aplican en todos los sistemas. Sin embargo, por efecto de los cambios sociales se elaboran nuevas máximas procesales y se formulan y adaptan las ya existentes.

Pero, además, en cada rama incide la vigencia de ciertos principios especiales que son impuestos por las particulares características del derecho sustancial en juego. A modo de ejemplo, en el proceso civil moderno se impone la nueva regla denominada principio de colaboración o solidaridad y que resulta de un desprendimiento o ampliación de la vieja máxima de buena fe o lealtad procesal. El principio de moralidad (buena fe y lealtad procesal) tiene origen y se enfatiza a partir de las concepciones públicas del proceso; así la colaboración y la solidaridad se presentan como deberes procesales de las partes para con el juez o para con el trámite. Se impone, por ejemplo, el deber de veracidad, la información patrimonial, de claridad en la formulación de las pretensiones, etcétera. Su cumplimiento se garantiza estableciendo en los códigos formales, presunciones contrarias al renuente y habilitando al juez para valorar la conducta observada por las partes como indicio contrario.

Otro tanto ocurre, en el proceso penal, en el que también rigen principios especiales, tales como el denominado «el de legalidad» (hoy en crisis y en proceso de reelaboración), el principio de inocencia, el de juicio previo, el de libertad ambulatoria, el de inviolabilidad de domicilio [41], etcétera.

Estos son sólo ejemplos, ni taxativos ni exhaustivos de principios especiales que rigen para las diferentes ramas del derecho procesal, sin perjuicio de los generales. Ellos se expresan como producto del cambio de fenomenología ya que el derecho procesal debe adaptarse en sus formulaciones a las nuevas circunstancias jurídicas sociales que inciden en las diferentes ramas procesales.

El derecho procesal general está integrado por reglas adjetivas que desde el punto de vista estático regulan la organización judicial y determinan las reglas de competencia. Desde el punto de vista dinámico estructuran el trámite procesal estableciendo condiciones del actuar de los sujetos procesales. Es decir, fijan las circunstancias de lugar, tiempo y modo del proceder en los diferentes ámbitos.

(41) Cafferata, José I., ob. cit., p. 32

La experiencia indica que la evolución del derecho conduce lógicamente a su especialización y diversificación, a medida que se complican y transforman los fenómenos sociales; esto opera con igual razón en el derecho procesal. El fenómeno se advierte, principalmente, en la creación de tribunales o fueros especializados para el tratamiento de ciertas cuestiones que antes eran tramitadas en otros ámbitos, generalmente el civil o penal; piénsese, por ejemplo, en las recientes creaciones del fuero de familia, fuero penal económico, etcétera. El fenómeno se manifiesta, asimismo, en el campo legislativo, en efecto el concepto de orden jurídico es unitario al captar en plenitud un determinado sector de la realidad social, pero es posible considerarlo en un doble enfoque, en su manifestación constitutiva y realizadora. Surgen así ramas en la normación jurídica, que van adquiriendo independencia legislativa y doctrinal, sin perjuicio de que los principios de una de ellas influyan en las otras con variable eficacia [42].

El *derecho procesal penal*, se ocupa del estudio del proceso y cuya materia principal sobre la cual versa, consiste en la hipótesis de infracción al violación al derecho penal. Como se advierte, el objeto de conocimiento del derecho procesal penal es la efectiva realización jurisdiccional del derecho penal, a través de la actividad de órganos públicos predispuestos y de particulares interesados o compelidos a actuar.

La actividad que se cumple en el proceso penal está encaminada a la declaración de certeza del delito y a la imposición de una pena o a la declaración de certeza de la peligrosidad social y a la aplicación de medidas de seguridad, o a la declaración de certeza de responsabilidades civiles conexas al delito y a la inflicción de las consiguientes sanciones; o a la ejecución de las providencias [43].

Cabe señalar, sin embargo, que en el desarrollo del proceso penal, confluyen diversas instituciones ideadas por principios de carácter procesal. De tal modo que, en última instancia, las normas procesales penales constituyen aunque limitadamente también objeto de estudio del derecho procesal general. A ello se añade una serie de normas propias

(42) Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho procesal penal*, t. I, Marcos Lerner, Cba., 1984, p. 33

(43) Leone, Giovanni, *Tratado de derecho procesal penal*, T. I., trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Bs. As., 1963, ps. 17/18

del proceso penal en sus diversas proyecciones: principios generales que lo gobiernan; las derivaciones y aplicaciones concretas de estos principios; órganos que actúan; la actividad que éstos desenvuelven y el rito en que esa actividad se cristaliza [44].

Cabe señalar que los tribunales penales del país acusan una dualidad en su forma de organización. Algunos, aun no modernizados, funcionan en base a trámites más o menos inquisitivos o acusatorios y con procedimiento escrito. Otros, como los de nuestra provincia, lo hacen conforme a procedimientos oralizados, mixtos, con una fase inquisitiva y una fuerte tendencia acusatoria.

Es importante destacar que el trámite penal ha sido objeto de significativas modificaciones [45]

Así la última reforma procesal penal implementada recientemente en Córdoba gira en torno a cinco ideas fuerzas: la primera se refiere a ajustar roles y otorgar poderes diferentes a los que tradicionalmente tenían los jueces y fiscales; a facilitar las políticas de persecución; a agilizar los trámites y lograr la tan anhelada eficacia del proceso. Por último, se procura personalizar la instrucción fiscal preparatoria y otorgar al juicio plenario un papel meramente protagónico en el dictado de una resolución final.

El principal cambio está dado por la circunstancia de que el trámite se inicia con la investigación preparatoria a cargo del fiscal o excepcionalmente del juez, quienes cuentan con facultades amplias en orden a la consecución de pruebas para fundar la acusación. La segunda y trascendente etapa, es de trámite oral y tiene lugar ante un tribunal de juicio que puede actuar en forma unipersonal o colegiada y es quien dictará la sentencia definitiva. Este tribunal de orden jerárquico superior tiene, sin embargo, sus facultades acotadas por las reglas del acusatorio. Así, está limitado en su resolución por la solicitud del ministerio público fiscal e imputado y carece absolutamente de facultades de iniciativa probatoria.

El sistema en su concepción es mixto ya que en la primera etapa la instrucción fiscal es prevalentemente inquisitiva y escrita. Ello resulta así, ya que la ley, como se ha dicho, concede al fiscal o juez de control

(44) Clariá Olmedo, Jorge, ob. cit. en nota anterior, p. 35.

(45) Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba Ley 8123 y modificaciones, publicado el 16-1-92.

facultades en orden a la investigación del delito y a la recepción de pruebas. En tanto, que esta característica inquisitiva del trámite es mutada en la etapa de juicio donde rigen las reglas del acusatorio que determinan la limitación de las facultades del tribunal en oportunidad de la audiencia de juicio

El *derecho procesal civil* sirve como instrumento para restablecer el orden jurídico alterado y, por su intermedio, se procura una resolución jurisdiccional que declare un derecho, que lo constituya o que imponga una condena de dar, de hacer o de no hacer Pueden plantearse en este ámbito pretensiones de diversa naturaleza, declarativas, ejecutivas y cautelares.

Por ello se ha dicho que, el proceso civil está instrumentado a fin que se resuelvan a través de los órganos judiciales, conflictos o controversias generalmente de carácter patrimonial suscitadas entre personas de derecho privado y tiene como finalidad primordial el estudio de los procesos originados en pretensiones o en peticiones fundadas en el derecho privado (civil o comercial) [46]

Atendiendo a este contenido, tradicionalmente el derecho civil se ha realizado en base a sistemas prevalentemente dispositivos, escritos, formales y de doble instancia Por vigencia del dispositivo el impulso de trámite, la fijación de la plataforma fáctica y la aportación de pruebas, está reservada a las partes; el órgano jurisdiccional provee al trámite y su función principal es la de resolver respetando la regla de la congruencia. Esto significa que sus decisiones están limitadas por las pretensiones esgrimidas en los escritos de postulación, especialmente de demanda y contestación. Cabe señalar, que en cuanto a la aplicación del derecho rige el principio *iura novit curia* que expresa que, es el juez quien determina el derecho aplicable. Como por regla general se trata de derechos de naturaleza patrimonial las partes tienen amplias facultades de disposición sobre el contenido sustancial y procesal de la relación. En consecuencia, en este tipo de trámite el juez es un sujeto pasivo y espectador.

La elección del sistema escrito fue uniformemente adoptado por casi todas las legislaciones procesales civiles del país. En efecto, por regla general la actuación del derecho se efectuaba en base a

(46) Palacio, Lino, *Derecho procesal civil*, t I., Abeledo- Perrot, Bs. As., 1983, p. 23.

procedimientos o sistemas a los que se ha denominado como «desesperadamente escritos» y formales.

Por tal motivo, las leyes rituales, en su faz operativa, desnudan falencias que, fundamentalmente, se traducen en que los trámites se prolongan en el tiempo, son largos y tediosos y rara vez el juez toma contacto con el expediente o con las partes antes del momento de dictar sentencia. Como consecuencia de este sistema inadecuado y del incorrecto manejo del trámite por parte de los operadores jurídicos, se generan incidentes que postergan la decisión final y que se profundiza por largos momentos de inactividad que se denominan los tiempos muertos del proceso. Por otra parte, se advierte la falta absoluta de inmediación, en etapas fundamentales del trámite o en la recepción de pruebas oralizadas. Ellas se diligencian por medio del procedimiento escrito -verbal y actuado- que asumen en definitiva la característica de reflejarse en un documento y de este modo conoce el juez las declaraciones.

Por ello, actualmente, se proponen nuevas formas procesales que se consideran aptas para superar los defectos de los códigos tradicionales. Se trata de la adopción de sistemas más ágiles y menos formales con instancias oralizadas y que aseguren el contacto directo entre el juez las partes y los órganos de prueba, al menos en algunas secuencias procesales. El juez en esta visión, asume el rol de un sujeto activo y de verdadero director del proceso. Para ello, se le otorga un protagonismo especial en la instrucción de la causa, como también en la admisión o rechazo de los medios de prueba cuando resulten superfluos, dilatorios o carentes de utilidad.

También se están reexaminando los límites de la doble instancia. Se arguye que los órganos colegiados, esto es, la integración en forma plural, debe ser limitada ya que en ciertos casos se presentan como elementos burocratizadores y complejos que, para cuestiones menores, son muy onerosos. Así la tendencia actual se dirige a autorizar a los tribunales colegiados para que actúen en forma unipersonal en determinados casos y bajo ciertas circunstancias.

La redacción del Código Procesal Modelo para Iberoamérica, marca un hito trascendente para el cambio del proceso civil. A partir de este precedente se han redactado numerosos proyectos legislativos que proponen la sustitución de los procedimientos escritos por procesos de naturaleza mixta en donde el punto de inflexión está dado por la inclusión de importantes instancias oralizadas en las que se impone mayor protagonismo del órgano jurisdiccional que es un verdadero director del

procedimiento [47]. Estas circunstancias tienden a lograr un cambio total del sistema; también ante la imposibilidad de la reforma total se han propuesto implementaciones parciales que incorporan sólo algunas instituciones que resultaran agilizadoras y dinamizadoras del trámite como la inclusión de sólo ciertos actos procesales. Por ejemplo, la inserción en el trámite escrito de una audiencia preliminar.

El proceso civil acusa notables diferencias con el penal, ya que la orientación está dada por la búsqueda de verdad formal en los primeros y la de verdad material en los segundos, lo cual se traduce en otorgar distinta significación a los poderes del juez y deberes, facultades y cargas de las partes.

La diferencia sustancial radica en que el derecho penal realiza un derecho subjetivo del Estado para imponer penas y medidas de seguridad con fuerte compromiso del orden público. En tanto, que el proceso civil es usado con el fin de restablecer los derechos subjetivos conculcados y procura, generalmente, un resarcimiento económico, o una declaración para el logro de efectos jurídicos o la satisfacción de derechos (procesos puramente declarativos, de condena, constitutivos o ejecutivos) [48].

También en el moderno *proceso familiar* se advierte la presencia de reglas específicas: tales, por ejemplo, la de reserva, secreto o confidencialidad de las actuaciones por la que se procura la protección de la intimidad de los sujetos involucrados en los conflictos de esta naturaleza. También se impone como complemento de la regla de inmediación (contacto directo entre juez, partes y órganos de prueba) el principio de personalidad que persigue un fin específico en este fuero que es la de permitir la efectividad de la función conciliadora de los jueces y funcionarios así como la de facilitar la importante tarea de docencia y de clarificación.

En lo estrictamente procedimental, también se han gestado cambios significativos. En efecto, el proceso de familia adopta autonomía y presenta perfil diferenciado que se traduce tanto en la organización de los tribunales, como en el dictado de normas reguladores del proceder ante los conflictos de familia. Como la realización del derecho familiar

---

(47) Código Procesal Modelo para Iberoamérica. También el Código de Proceso de Uruguay y a partir de éste se abren dos grandes líneas con los proyectos, de Morello y Colombo que han sido tomados en numerosas latitudes

(48) Devis Echandía, Hernando, ob cit , ps. 107-108

está fuertemente condicionada por la naturaleza de las cuestiones sustanciales vinculadas al orden público general y familiar, cuenta con una ley propia de organización y funcionamiento y un fuero independiente adaptado a su realidad. En tal sentido, actualmente, no se discute su conveniencia y se pone especial cuidado en atribuirle una competencia exclusiva y limitada a cuestiones estrictamente familiares que presentan características diferenciadas [49].

En efecto, se señala, en relación a este fuero la necesidad de preservar su competencia para los asuntos estrictamente familiares, ya que existe una tendencia a incorporar a su conocimiento materias que no lo son, tales como cuestiones relativas a la capacidad de las personas, registrales y de menores sometidos al patronato del Estado, que entorpecen el trámite.

En general, estos tribunales son competentes para entender en cuestiones familiares, no patrimoniales, tales como: separación personal, divorcio vincular, nulidad de matrimonio, adopción, filiación, cuestiones relativas a la guarda, alimentos, régimen de visitas, patria potestad, etcétera.

En Córdoba, y en la provincia de Buenos Aires, existen modelos de estos fueros que se distinguen no sólo por su competencia específica sino también por la idoneidad y aptitud que se requieren a sus integrantes. Así, ellos deben acreditar versación jurídica en la materia y actuar auxiliados por cuerpos técnicos multidisciplinarios, que son integrados por médicos, sicólogos, siquiatras, asistentes sociales, etcétera [50].

El trámite establecido es el de proceso oral con instancia única con procedimientos similares al del proceso por audiencia en los que se otorgan un protagonismo a los magistrados judiciales (asesores, jueces y camaristas) quienes ofician como activos operadores en esta justicia de acompañamiento [51]. Como característica particular, se impone el impulso procesal de oficio, se presentan instancias conciliatorias que se repiten en la etapa prejurisdiccional o intrajurisdiccional previa, en oportunidad de la audiencia preliminar y que también opera ante la

---

(49) En tal sentido en Córdoba se organiza el fuero de familia mediante el dictado de las leyes 7675 y 7676 y sus modificatorias de 1988 Por su parte, la provincia de Buenos Aires, también cuenta con un fuero especializado al dictarse la ley 11.453 que es incorporado al C.P.C., desde 1993.

(50) En Córdoba, leyes 7675 y 7676 de Creación del Fuero de Familia y modificaciones, sancionado el 28/6/88. En Buenos Aires es ley 11 453 incorporada al C PC., de 1999

Cámara de Familia. Se impone la búsqueda de la verdad jurídica objetiva concepto superador del de verdad formal propio del proceso civil dispositivo y que se acentúa por el principio sustancial de la búsqueda de la verdad biológica sustentada por el Código Civil; su vigencia hace que el juez tenga facultades no sólo en cuanto al impulso del trámite proposición de prueba, sino que además sus decisiones no están limitadas estrictamente por las reglas de la congruencia.

Por último, nos referimos al derecho *procesal laboral*. Nace como consecuencia del movimiento de constitucionalismo social gestado a partir de 1957 en el que se reconocen los derechos sociales del hombre vinculados a sus relaciones de trabajo. A partir de la inclusión del art. 14 bis en la Constitución Nacional, se establecen principios protectores de los derechos del trabajador que procuran equilibrar desigualdades que se plantean en la relación laboral. Se advierte que no puede regir en la relación patrón-obrero el principio de autonomía de la voluntad atento la escasa capacidad negocial que tiene el trabajador. Se imponen como reglas propias, además de las generales ínsitas de todo procedimiento oral, las del *in dubio pro operario*, «inversión de la carga de la prueba» y la fijación de las reglas de la competencia a partir del domicilio del trabajador requirente, etcétera.

El procedimiento laboral, tiene carta de ciudadanía en la legislación cordobesa desde vieja data. Así la ley provincial 4163 organiza y fija el procedimiento para los tribunales laborales; establece uno oral, de instancia única, ante tribunal colegiado. El trámite se iniciaba ante un juez de conciliación que oficiaba además como instructor.

La ley 4163 rigió hasta 1990, cuando se dictó el nuevo Código Procesal Laboral para la provincia de Córdoba (ley 7987) [52]. A grandes rasgos, el sistema elegido se mantiene intangible, se establece el impulso procesal de oficio, con dos etapas bien diferenciadas. La primera, se lleva a cabo ante el juez de conciliación quien, además, se oficia como juez instructor, por medio de un procedimiento de carácter documental y actuado. La etapa de juicio, de característica informal y

---

(51) Berizonce, Roberto; Bermejo, Patricia y Amendolara, Zulma, *Tribunales y procesos de familia*, Librería Editora Platense, La Plata, 2001, p. 31.

(52) Código Procesal Laboral. Ley provincial 7987 y modificaciones, sancionado en noviembre de 1990

oralizada procura la búsqueda de la verdad real pudiendo el tribunal resolver *ultra petita*, esto es, más allá del monto reclamado. En el trámite laboral el juez actúa como un verdadero director del procedimiento y en tal sentido se le reconocen amplias facultades.

Como rasgos individualizadores de los tribunales laborales cordobeses puede mencionarse una facultad amplia de saneamiento concedida inicialmente al juez quien puede ordenar oficiosamente que se aclare los términos de lo demandado y, posteriormente, producir despachos tendientes a eliminar vicios o errores en el trámite. Rige la regla de la gratuidad ya que es el Estado quien anticipa los gastos para el trabajador y se provee asistencia técnica gratuita para el trabajador por medio de un funcionario del ministerio público pupilar denominado procurador del trabajo.

Cabe señalar, por último, como una característica de la reforma procesal laboral que es trascendente la autorización que se otorga a los tribunales de juicio colegiado de actuar en salas unipersonales como tribunal de sentencia para causas que no revistan complejidad.

Para finalizar, recordemos que, pese a las características individuales señaladas, que le otorgan fisonomía propia, todas las ramas giran en torno a conceptos procesales unificados a partir de la escuela científica del derecho procesal y la elaboración de la teoría general del proceso. La diferencia que presentan los sistemas de organización y reglas de procedimiento en nada desvirtúan esta afirmación.

Por último, insistimos, que además de la vigencia de principios, reglas o máximas procesales, comunes a todas las ramas del derecho procesal, la problemática que presenta la realización jurisdiccional siempre tiene aspectos comunes, a veces, en forma mas amplia y en otras, más limitadamente.

Así la duración razonable del proceso, la economía de costos, la concentración del la actividad del proceso, son problemas generales sin perjuicio de la vigencia de las reglas que hacen a las particularidades de cada sector.

Modernamente se están produciendo grandes cambios y mutaciones en los regímenes procesales, por lo que se habla de la publicización del proceso civil y la privatización del proceso penal y, en definitiva, se convalidan sistemas mixtos (laboral y familiar).

En verdad, esto último, significa que se van aceptando nuevas ideas que se manifiestan, fundamentalmente, en otorgar mayores o menores poderes a los jueces, nueva distribución de los roles procesales y en agilizar el trámite judicial. Esta tendencia se recepciona legislativamente con la incorporación de formas de terminación anticipada en el proceso penal

(juicio abreviado) y con la inclusión de métodos alternativos de resolución de conflictos. Por último, y sin agotar la temática, se regulan instituciones idóneas para purificar, sanear el trámite, que es lo que en definitiva el momento requiere

El proceso judicial

1. Precisiones sobre el tema

El estudio sistemático de la teoría general del proceso supone el análisis de conceptos fundamentales de la materia procesal, tales como los de acción, excepción y jurisdicción, los que cobran virtualidad y se entroncan en la idea de proceso. El proceso judicial es el principal objeto de estudio de la ciencia del derecho procesal, pero éste no es único sino que es más amplio. En efecto, su estudio comprende, además, el análisis de los principios, las normas y de la legislación formal en cuanto se refiere a la organización del Poder Judicial, las reglas de competencia y también las que determinan la forma y modo de proceder de los sujetos procesales en juicio.

En su acepción común, el vocablo «proceso» proviene del latín *procedere* y significa avanzar, ir hacia, desenvolvimiento. En sentido técnico, el proceso como instrumento judicial es una abstracción de la ley [1]; un todo conceptual que adquiere forma en la vida práctica del derecho, diversificado por medio de los procedimientos, que son organizados y delineados según sea el derecho de fondo que se pretende realizar. En consecuencia, el proceso está estructurado y se integra por una secuencia de actos que se desenvuelven progresivamente, avanzando hacia un fin y cuyo objeto es el de resolver un conflicto sometido a su decisión.

Previo a definir al proceso judicial como instrumento para la realización del derecho, es necesario efectuar algunas precisiones. En primer lugar se enfatiza que el proceso permite la realización indirecta del derecho de fondo y, en segundo término, cabe especificar que en cuanto a su género y fines rige en forma absoluta el principio de oficialidad.

1) Respecto de la primera, es de señalar que se utiliza la expresión *«realización indirecta del derecho»*, por oposición a la de recomposición directa o espontánea del mismo. En efecto, puede suceder que ante la violación de una norma que pertenezca al derecho sustancial, el orden jurídico se recomponga directamente, esto es, sin la intervención de terceros. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un contrato incumplido, en el que el perjudicado puede intimar a su deudor, quien, ante este requerimiento satisface su obligación directamente, esto es, sin intervención de los órganos judiciales. En tanto que la realización indirecta significa por el contrario, solicitar la recomposición del derecho cuando ha sido violado, por medio del proceso judicial previsto en el derecho adjetivo. Es que la ley sustantiva garantiza los derechos subjetivos y prevé hipótesis de conductas en forma de mandatos o prohibiciones que los particulares deben cumplir. Producida la violación de un derecho disponible, éste puede recomponerse directamente sin la necesidad de acudir a los tribunales. Pero si esto no ocurre y el afectado lo requiriera, debe restaurarse indirectamente por medio de este instrumento y a través de los tribunales judiciales. Distinta situación se presenta cuando el derecho sustancial violado es el penal, en este caso no cabe la recomposición directa, se impone la intervención jurisdiccional para condenar o absolver. Lo mismo

(1) Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho procesal*, Depalma, Bs. As., t. I, 1982, p. 126.

sucede respecto de ciertas instituciones del derecho familiar en donde no cabe la posibilidad de transacción o allanamiento entre las partes y resulta inexorable la resolución judicial, a los fines de la recomposición del otorgamiento de la pretensión. Piénsese en el caso de un divorcio vincular, del otorgamiento de una adopción, de una impugnación del estado de una persona, etcétera.

2) En segundo lugar, debe precisarse que rige el *«principio de oficialidad»*. Ello es así porque en el Estado moderno impera la regla que proscribe la defensa propia del derecho; esto es, que agotados los medios pacíficos de solución, en todo supuesto de violación, el damnificado debe recurrir a la protección del Estado, que actúa por medio de sus órganos en los cuales ha delegado la función jurisdiccional [2]. Esto significa que sólo a través de tribunales judiciales, organizados conforme a la Constitución y munidos de competencia atribuida de antemano por la ley cabe la recomposición del orden jurídico alterado. El Estado se ha reservado para sí el monopolio de la función jurisdiccional. Por ello se organizan tribunales nacionales y provinciales de carácter público que actúan de acuerdo a las reglas que distribuyen su competencia.

2. Concepto

En una noción descriptiva definimos al proceso judicial como una serie gradual, progresiva y concatenada de actos cumplidos por órganos públicos predispuestos o por particulares interesados y que persigue determinados fines: su fin inmediato es la fijación de hechos y la aplicación del derecho y el mediato está dado, desde el punto de vista de valores públicos colectivos, en la obtención de la paz social o el restablecimiento del orden jurídico alterado. También ha sido conceptualizado como una sucesión de actos interdependientes coordinados para la obtención de un fin común. Por eso, el concepto genérico de proceso supone una estructura y una finalidad propia y también la actuación de sujetos ante los tribunales como: partes, abogados, procuradores y jueces [3].

(2) Alsina, Hugo, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil*, t. I, Ediar, Bs. As., 1963, p. 399.
(3) Barrios de Angelis, Dante, *Teoría del proceso*, Depalma, Bs. As., 1979, ps. 4, 5, 15 y 16.

En una concepción semejante se lo ha definido como *«el conjunto de actos recíprocamente coordinados entre sí de acuerdo con reglas preestablecidas, que conducen a la creación de una norma individual destinada a regir un determinado aspecto de la conducta del sujeto o sujetos, ajenos al órgano, que ha requerido la intervención»* [4]

En otra acepción, se ha dicho que el proceso es el medio idóneo que tiene el Estado para resolver un conflicto reglado por el derecho procesal, que establece el orden de los actos (procedimiento para una correcta -legal- prestación de la actividad jurisdiccional), que se pone en marcha normalmente cuando una de las partes ejerce su derecho (poder) de acción [5]

El proceso se presenta así como una unidad que hace no sólo que los actos que lo componen estén coordinados y concurran armoniosamente al fin que persigue, sino también que el valor que la ley otorga a cada uno de tales actos, dependa de ser partes de ese todo y de la influencia que tienen sobre el fin común. Existe por consiguiente, *«una dependencia íntima entre ellos, y por esto unos producen a los otros, los determinan, los complementan o los limitan, y la nulidad de uno, vicia también de nulidad a otros que dependan de aquél»* [6]. Así, prestigiosa doctrina estima que la delimitación del proceso se integra por el concepto del «género proceso» y la especificación correspondiente al proceso jurisdiccional [7] .

Esos actos están estrechamente relacionados entre sí y a pesar de aquella variedad y multiplicidad el proceso forma un todo uniforme, dotado de sólida estructura.

Puede señalarse también que el proceso judicial es una estructura evolutiva y se mueve en base a estímulos (acción, excepción y jurisdicción) que en función requirente, defensiva o jurisdiccional actúan conforme a reglas adjetivas. El proceso, o los procedimientos como conjuntos de actos regulados por la ley vincula a los tres sujetos esenciales. Ellos son en el proceso civil, el triángulo integrado por actor, demandado y juez como titulares de los poderes de realización del derecho procesal. En el campo del proceso penal, esta trilogía se integra por el ministerio publico fiscal (acusador), tribunal e imputado.

(4) Palacio, Lino, *Derecho procesal civil*, t. I, Abeledo-Perrot, Bs. As., p. 221.
(5) Vescovi, Enrique, *Teoría general del proceso*, Temis, Colombia, 1984, p. 104.
(6) Devis Echandía, *Teoría general del proceso*, Universidad, Bs. As., 1997, p. 156.
(7) Barrios de Angelis, Dante, *Teoría del proceso*, Depalma, Bs. As., 1979, p. 15.

Sin embargo, deben distinguirse los vocablos proceso y procedimiento. El proceso, representa el conjunto de actos necesarios, para obtener la decisión de un caso concreto por parte de determinados órganos. En cambio, los procedimientos, tienen otro alcance. Así se ha dicho que constituyen cada una de las fases o etapas que el proceso puede comprender [8]. Otros señalan que los procedimientos son las diversas formas o caminos que toma el proceso en la realización jurisdiccional del derecho. Por ejemplo, tenemos, entre otros, procedimientos penales, civiles, de familia, etcétera. A su vez, ellos se diversifican en diferentes vías para la mejor realización jurisdiccional del derecho.

El derecho positivo se manifiesta en forma múltiple según sus distintas ramas y teniendo en cuenta la naturaleza de las relaciones que regula. Ello hace que la tutela jurídica no siempre pueda realizarse por los mismos caminos. Esta diversidad también se proyecta en el rito, en los denominados procedimientos. De allí la existencia de distintas formas procedimentales que son clasificadas por la doctrina atendiendo a diferentes criterios.

Para lograr una idea completa del fenómeno jurídico denominado proceso judicial, debe analizárselo desde un punto de vista externo y desde un punto de vista interno.

En el enfoque *externo* de una manera simplemente descriptiva se tienen en cuenta sus elementos (objetivo, subjetivo y teleológico). Pero para completar esta visión es menester, además, determinar cómo es, cuál es su sustancia, desentrañar cuál es su esencia o naturaleza jurídica (punto de vista interno).

3. Enfoque externo. Elementos

Conforme el concepto que de proceso hemos dado en el punto 2) pueden advertirse a partir de un visión externa tres elementos esenciales, a los que la doctrina denomina: objetivo, subjetivo y teleológico

El elemento *objetivo* se manifiesta en el concepto dado cuando se expresa «serie gradual progresiva y concatenada de actos . » y está

(8) Palacio, Lino, ob cit., p. 229

configurado por un «conjunto de actos»; es complejo y [illegible] una «sucesión ininterrumpida» que se cumple en forma [illegible]

Se dice que es gradual, porque los actos se realiz[illegible] orden determinado previamente por la ley, y es progre[illegible] actos se van cumpliendo en forma paulatina ya que se [illegible] grados y tienden a un fin. La culminación de un acto sup[illegible] de otro y además estos actos están estructurados en etapas [illegible] y fin están eslabonados, es decir, concatenados. El proceso [illegible] avanzar y desarrollarse en base a impulsos que provien[illegible] demandado y hasta del propio tribunal, tendiendo a un [illegible] precisamente la resolución definitiva del juicio a través de l[illegible] Este acto conclusivo de la instancia constituye la norma [illegible] conforme al concepto de Palacio.

Además, cada acto está conformado por la ley en sus circ[illegible] determinando las condiciones de lugar, tiempo y modo en [illegible] realizarse. Por otra parte, se indica un orden para su realizac[illegible] traducen en las etapas del proceso; éstas serán necesarias o e[illegible] según sea el tipo de juicio de que se trate y, en su caso, este o[illegible] determinante si se encuentra dominadas por un orden preclusiv[illegible]

Cabe señalar, sin embargo, que algunos autores han incluido [illegible] integrante del elemento objetivo del proceso además de los [illegible] procesales, a la pretensión y la norma procesal [9]. Discrepamos c[illegible] inclusión por cuanto no es posible aceptar que la norma procesal int[illegible] el elemento objetivo, sino que solamente lo regula.

Por su parte, la pretensión se manifiesta como la vinculación del proceso o de la acción procesal con el orden sustancial, pero de ninguna manera participa del elemento objetivo. La pretensión como ta[illegible] se relaciona con el objeto del proceso, esto significa la transformación d[illegible] pretensión inicia, actuable en actuada, esto es, lo que se ha denominado *res iudicanda*, en *res iudicata*.

El elemento *subjetivo* está representado por las personas que intervienen en el trámite procesal. Ellas pueden ser clasificadas en sujetos necesarios y eventuales.

(9) Zinny, Jorge, *Derecho procesal civil - Teoría del proceso*, Atenea, Cba., 1997, ps. 30/31.

Los necesarios son aquellos que indefectiblemente deben estar presentes en la relación jurídico-procesal y son los protagonistas de ella. Así actor, demandado y juez son sujetos esenciales en el proceso civil por actuar como titulares de los poderes de acción (inicio y mantenimiento del trámite), excepción (defensa) y jurisdicción (decisión). En el proceso penal también se advierte como indispensable un órgano requirente (ministerio público fiscal), un órgano judicial y el sujeto pasivo que es el imputado.

En el proceso civil estos sujetos pueden actuar en forma singular (un actor y un demandado) o plural por la integración de uno de los polos de la relación procesal con varios sujetos, que actúan conjunta o separadamente, lo cual se denomina «partes con sujetos múltiples» (*litis consorcio*).

Por otra parte, estos sujetos ejercen poderes de raigambre o jerarquía constitucional. Así el actor lo hace por ser el titular del poder de acción y tiene a su cargo el poner en movimiento (instar el proceso) como expresión del derecho constitucional de peticionar ante las autoridades. Por su parte, el juez ejerce el poder de jurisdicción, en virtud del cual debe dirigir el proceso con ecuanimidad hasta la decisión final (sentencia). El demandado completa este triángulo ejerciendo su poder de defensa en sentido amplio [10]. Cabe señalar, que este último (demandado) es sujeto esencial y ello sucede aunque, como se sabe, pueda no estar presente en forma efectiva en el juicio. Ello se manifiesta así, porque la garantía de defensa en juicio, impone que al demandado se le haya dado oportunidad para ejercerla con independencia de que, efectivamente, lo haga. Piénsese, en este sentido, que el accionado puede ser declarado rebelde en juicio (art. 110 C.C.P.). En cambio, en el ámbito del proceso penal, se advierten ciertas diferencias ya que en algunos casos la presencia del imputado se torna indispensable e impide la continuidad del trámite, puesto que escucharle hace a su derecho de defensa.

Cada uno de estos sujetos están previstos en la ley que precisa sus condiciones subjetivas de actuación y cumplen diversas actividades signadas por los poderes de realización del derecho procesal: acción (requerimiento de la jurisdicción), excepción (ejercicio del derecho de defensa *lato sensu*) y jurisdicción como actividad decisoria en general o como conclusión de un procedimiento regularmente cumplido (sentencia).

(10) Clariá Olmedo, Jorge, ob. cit., t. I, p. 30

Así el tribunal en sentido amplio (juez e integrantes del ministerio público) debe estar constituido en la forma que establecen las leyes, es decir, designados conforme a los preceptos constitucionales y estructurados de acuerdo a las leyes orgánicas. Esto significa jueces con jurisdicción y competencia predeterminada legalmente como garantía para los justiciables. Además, ellos deben ser designados según las formas y procedimientos establecidos en la Constitución (art. 157 Const. Pcial., y art. 114 C.N.)

En similar sentido, los particulares que actúan en juicio [illegible] con capacidad y legitimación reconocida, dado que intervienen ejercitando los poderes de acción y excepción. Ellos asumen la calidad de partes (actor y demandado) y también podrán intervenir a través de sus apoderados y representantes.

Los sujetos eventuales se identifican de diferentes maneras, así por ejemplo, por auxiliares del tribunal, por personal subalterno que ejercen en jerárquico establecen las leyes orgánicas. Se trata de funcionarios que colaboran con el oficio judicial en calidad de secretarios letrados, prosecretarios, jefes de despachos y demás auxiliares, también ostentan ese carácter otros sujetos que intervienen como patrocinantes, terceros, peritos, testigos, etcétera.

Por último, debe incluirse a los denominados «participantes», que pueden ser los funcionarios integrantes del ministerio público o los abogados apoderados de las partes. A estos sujetos se les denomina participantes, distinguiéndolos de las partes en sentido técnico procesal. En efecto, las partes procesales son los titulares de las pretensiones esgrimidas en juicio; dicho de otra manera, son aquellos sujetos que demandan o en cuyo nombre se demanda una actuación de la ley y aquellos frente al cual esa actuación es demandada. Se colige, entonces, que las partes presentan respecto de la controversia la defensa de un interés propio que es lo que los caracteriza; en tanto, que los integrantes del ministerio público, los patrocinantes o los apoderados actúan por sí en juicio, pero representando un derecho ajeno a ellos mismos ya que pertenece a la sociedad o, en su caso, a quien representan o asisten.

También son sujetos eventuales otras personas que actúan en calidad de órganos de prueba (testigos, peritos, interpretes, etcétera).

El elemento *teleológico* se configura teniendo en cuenta los intereses o expectativas colectivas de la sociedad o en su caso los individuales de las partes. En el primer enfoque el fin se identifica con la obtención de una sentencia justa, ya que al dictarla se logra restablecer el orden

jurídico alterado y la realización del valor justicia. Es que la idea de proceso es necesariamente teleológica, por cuanto lo que la caracteriza especialmente es su fin, *«la decisión del conflicto mediante un fallo que adquiere autoridad de cosa juzgada»* [11]. Por ello, se ha expresado acertadamente que aunque su origen es social cumple una función jurídica [12]. Desde otra perspectiva, esto es, teniendo en cuenta los intereses individuales o personales de las partes, el fin consiste en la obtención de una sentencia favorable o desestimatoria.

Desde otra posición se ha dicho que el verdadero fin del proceso puede inducirse considerando la actuación del juez y de las partes. Indudablemente, el juez desarrolla una función pública y ésta procura el restablecimiento del orden jurídico mediante la actuación de la ley: su misión, consiste en declarar si una voluntad abstracta de la ley ampara una situación concreta y, en su caso, hacer efectiva su realización por todos los medios posibles, incluso por la fuerza pública.

No cabe duda, entonces, que el fin principal de cualquier proceso, sea de naturaleza civil, penal, de familia, está dado por la tutela general en la realización del derecho objetivo sustancial en casos concretos y con el fin de obtener la armonía y la paz social.

Por último, destacamos que la doctrina acepta sin discusión la existencia de estos tres elementos para completar la idea de proceso. Sin embargo, a veces se los compone de forma diferente o se les otorga otro alcance a algunos de sus elementos. Por ejemplo, Palacio señala como elementos: el objetivo, el subjetivo y la actividad, y para este autor, el fin está dado por «la creación de una norma individual» [13]. Es decir, agrega como otro componente del proceso «la noción de actividad» que se corresponde con el conjunto de actos que deben realizar los sujetos procesales desde el comienzo del trámite hasta la decisión que le pone término [14].

En otros casos se pone énfasis en alguno de sus elementos acentuando, por ejemplo, el subjetivo, el objetivo o el teleológico. No obstante ello, no cabe duda que todos son indispensables para lograr

(11) Couture, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, Depalma, Bs. As., 1976 p. 122.
(12) Vescovi, Enrique, ob. cit., p. 107.
(13) Palacio, Lino, ob. cit., p. 229
(14) Palacio, Lino, ob. cit., p. 229

una conceptualización adecuada del instituto, esto es, [illegible] técnico jurídica

4. Enfoque interno. Naturaleza jurídica

Con el fin de establecer la esencia del proceso y des[illegible] vista estrictamente interno se han gestado teorías [illegible] evolucionando conforme se ha desarrollado la ciencia del der[illegible] Así, son diferentes las posiciones doctrinarias que preten[illegible] naturaleza jurídica de este instituto conforme el desarrollo de [illegible] En tal sentido, brindamos un intento de clasificación de las má[illegible] y señalamos sus rasgos sobresalientes, ya que profundizar en [illegible] excedería los límites que impone nuestra asignatura.



4.1 Escuelas privatistas

En primer lugar, analizaremos algunas de las llamadas teorías privati[illegible] para luego sintetizar los principales exponentes de la concepción cient[illegible]

4.1.1 Teoría contractualista

Las llamadas teorías privatistas son forjadas cuando aún al derecho procesal se lo consideraba un apéndice del derecho de fondo. La primera posición trascendente es la llamada «teoría contractualista». Ella afirma que la esencia del proceso está dada por un convenio que celebran actor y demandado. En este contrato se fijan los puntos controvertidos, a la vez

que se someten al poder del juez por lo que es fuente de los poderes judiciales. Los antecedentes de la tesis contractualista se remontan al procedimiento romano clásico, tanto en el período de las *legis actiones*, como en el del procedimiento formulario, y la idea es mantenida hasta el siglo XIX por las escuelas tradicionales del derecho procesal. Como se advierte, emplazan a la institución del proceso en el marco del derecho privado.

Por ello, las principales críticas apuntan a señalar que no es posible encontrar la génesis del proceso en un contrato ya que es frecuente que el trámite de un juicio se lleve a cabo sin la presencia efectiva de las dos partes. En efecto, se sabe que es posible que el demandado no concurra a juicio, esto es, que esté rebelde o que si lo hace, puede ser en contra de su voluntad (imputado en el proceso penal).

Por eso ante la fuerza de estas críticas se buscan otras figuras también dentro del campo del derecho sustancial que puedan servirle de sustento.

4.1.2 Teoría del cuasicontrato

Para superar las razonables críticas efectuadas a la del contrato, se acude a la teoría del cuasicontrato. Se trata de encontrar el fundamento del proceso en esta figura con la que se procura superar las objeciones apuntadas. En realidad, a esta solución se arriba sólo por una operación de descarte. En efecto, se busca el origen de la institución en el campo del derecho sustancial, específicamente dentro de las fuentes de las obligaciones, tratando de elegir alguna de ellas que resulte menos imperfecta. Pero, a esa época, las fuentes de las obligaciones eran solamente cuatro: contrato, cuasicontrato, delito y cuasidelito. Es que los autores no habían advertido que la ley también era una fuente de las obligaciones y que, precisamente, era la de mayor importancia, ya que da origen a la esencia de la relación jurídico procesal.

La teoría del cuasicontrato procura salvar el escollo y justificar cómo el proceso tiene efectiva vigencia aunque no exista presencia o consentimiento de ambas partes

4.2. Escuelas científicas y públicas del derecho procesal

4.2.1. Teoría de la relación jurídica

Esta doctrina se desarrolla cuando se abren camino las modernas teorías publicistas del derecho formal y su mayor mérito constituye en ubicar al proceso judicial en el ámbito del derecho público.

Su principal exponente es Von Bullow, quien afirma que la actividad, derecho y obligación de los sujetos procesales tienen como fuente la ley. Así es como el proceso se origina en una «relación de carácter procesal» que se suscita entre todos los que intervienen, creando obligaciones y derechos diferenciables entre dichos sujetos. Afirma entonces que el proceso «contiene» en sí mismo una relación jurídica y advierte la necesidad de la concurrencia de presupuestos procesales. Desarrolla también la teoría de las excepciones dilatorias íntimamente vinculada con la de los presupuestos procesales.

La relación procesal, así conformada, se independiza de la relación sustancial y se manifiesta como: compleja, autónoma y de derecho público. Ello es así ya que si bien rige el principio *ne procedat iudex ex oficio*, es decir, que el juez no puede actuar oficiosamente sino a requerimiento de otro sujeto procesal (actor - ministerio publico), la relación se traba porque el juez tiene la obligación de proveer al trámite y de resolver las causas, aun en caso de silencio u oscuridad de la ley. Las partes tienen el deber de aportar los hechos y sus pruebas. Este es, quizás, el desarrollo más importante de la escuela científica; los sostenedores concluyen expresando que la relación jurídica así sustentada asume el carácter de *compleja, autónoma, de derecho público y teleológica*.

Compleja porque en el proceso no se da una única relación jurídica sino que en su trámite se presentan múltiples y variables relaciones independientes que podríamos calificar de menores.

Autónoma refiriéndose este carácter al derecho sustancial hipotético subyacente.

De *derecho público:* porque se desarrolla ante un sujeto público y es *teleológica*, porque persigue fines preeminentemente públicos sin perjuicio de los privados.

4.2.2. Teoría de la situación jurídica

El principal expositor de esta teoría es James Goldschmidt. Este autor, niega la teoría de la relación jurídica procesal y señala que los presupuestos procesales sólo son condiciones de una sentencia válida. Expresa que la esencia del proceso está dada por la función judicial de las normas que generan una situación jurídica. Estas situaciones jurídicas se presentan como la expectativa que tienen las partes y sujetos procesales durante el trámite y que, en definitiva, se representa por la posibilidad de una sentencia favorable a cada una de ellas. Vale decir, la expectativa está dada en que el órgano jurisdiccional acoja las pretensiones hechas valer en juicio por el actor y, en su caso, por el demandado.

Esta teoría es relevante pues distingue claramente como categorías procesales los conceptos de derecho, carga y deber. Su valor está en precisar cómo «la carga procesal implica un imperativo del propio interés».

4.2.3. Teoría de la institución jurídica

Esta postura ha sido sostenida por Guasp, quien define al proceso como una organización jurídica que está como tal, al servicio de una «idea común objetiva» representada por la paz social y la justicia. Es decir, que las actividades que desarrollan los sujetos procesales están vinculadas entre sí por esta institución idea común objetiva. Así, el proceso se configura por un conjunto de actos de carácter complejo, realizados por los sujetos procesales y dirigidos a esta idea de carácter superior. De modo tal que todas las voluntades de los sujetos procesales convergen en esa *idea común* [15].

Para Guasp, en síntesis, institución es un conjunto de actividades relacionadas entre sí por un vínculo; el vínculo está dado por la idea común objetiva a la que figuran adheridas, sea o no sea esa su finalidad individual las diversas voluntades particulares de los sujetos de quien procede aquella actividad; hay en esta teoría dos elementos fundamentales que son propios de cualquier institución: la idea objetiva común y la voluntad de los particulares que adhieren [16].

5. Valoraciones de las teorías

De lo expuesto se infiere que todos los exponentes de la escuela científica del derecho procesal hacen sus aportes. En efecto, en el proceso existe una relación jurídico procesal diferente e independiente de la relación sustancial. Recordemos que puede tramitarse íntegramente el proceso, sin que la relación sustancial sea reconocida al momento de la sentencia.

---

(15) Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, 2ª ed corregida, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, p. 22.
(16) Guasp, Jaime, ob. cit., p. 22.

Piénsese, por ejemplo, en un trámite iniciado por un actor, resistido o no por el demandado, en donde el juez concluye que la relación sustancial invocada es inexistente

Sin embargo, es lógico aceptar que además de esta relación jurídico procesal «principal» se presentan durante el trámite otras relaciones jurídico procesales diferentes o menores, por lo que puede afirmarse que el proceso contiene múltiples relaciones jurídicas. Así sucede porque las relaciones que se suscitan son cambiantes en su evolución. Advirtamos que siempre estas relaciones se presentan en forma triangular, ya que en los procedimientos no puede haber comunicación directa entre las partes, sino que ella se verifica siempre con la intervención del juez.

Juez

Actor Demandado

A su vez, la «teoría de la situación» también efectúa su contribución. Ello se afirma, dado que durante el trámite judicial se suscitan múltiples y diferentes expectativas puesto que las aspiraciones de las partes son cambiantes conforme el desarrollo del proceso.

Por último, el proceso participa necesaria y esencialmente de las características de la institución. Esto es así, por cuanto ha tenido pervivencia en el transcurso del tiempo, aunque con diferentes manifestaciones. Por cierto, que se trata del instrumento más importante, ofrecido por el Estado e ideado para la consecución del restablecimiento del orden jurídico alterado.

6. Caracteres

Conforme lo desarrollado, resulta de interés señalar cuáles son las notas que tipifican el proceso. La doctrina los ha precisado como

conclusión del desarrollo de la escuela científica, puntualizando que el proceso es público, autónomo, complejo y teleológico.

Se dice que el proceso *es público* ya que sus fines responden a un interés que excede del privado y su trámite debe llevarse a cabo conforme a los mandatos de la ley adjetiva procesal, que es de esta misma naturaleza. Por otra parte, puede agregarse que el carácter público se reafirma en la idea de que el proceso debe sustanciarse ante los órganos jurisdiccionales del Estado.

En segundo lugar, el proceso es *complejo*, esta nota se manifiesta porque en su desarrollo actúan diferentes sujetos procesales con diversas atribuciones de actuación susceptibles de generar múltiples relaciones jurídicos procesales

La *autonomía* como carácter tiene su raíz en la doble relación que se suscita en el proceso la sustancial y la procesal Recordando que es posible la existencia de esta última, aunque resulte desestimada la primera

El rasgo *teleológico* se explica en la idea de que el proceso se dirige al cumplimiento de fines individuales o sociales, a los que ya hemos aludido.

7. Contenido del proceso

En el trámite de un procedimiento judicial, el actor y demandado, se vinculan por una doble relación por la supuesta relación sustancial y por la efectiva relación jurídico procesal. Esta última se concreta a través del juez (oficialidad), y ello sucede no bien se otorga al demandado la oportunidad de comparecer y defenderse Adviértase, entonces, que la relación sustancial resulta hipotética ya que se trata de una pretensión solamente esgrimida o invocada por el actor (afirmación de hechos jurídicamente relevantes) y una orden del juez que vincula al demandado. Pero es de destacar que la relación sustancial sólo ha sido invocada por las partes, y podría resultar denegada en oportunidad del dictado de la sentencia, ya sea por considerar el juez que no existió el hecho invocado o que fue probado deficientemente. Por ejemplo, ante un reclamo de resarcimiento por daños se concluye que ellos no se produjeron o que no fueron acreditados por pruebas.

Por otra parte, la vinculación entre los sujetos procesales y el desarrollo de los procedimientos se realiza en base a impulsos que en su actividad realizan los sujetos esenciales según sea su posición o interés procesal.

Estos movimientos nos llevan a analizar lo que Clariá [17] define como el contenido del proceso y lo resume en lo que llama *«categorías procesales»*. Dicho autor delimita en ellas, situaciones activas y pasivas que surgen y se generan en virtud del ejercicio de poderes de realización del derecho procesal (acción, jurisdicción y excepción) y además en la necesidad de garantizar para el éxito del proceso la intervención de otros sujetos.

Estas categorías pueden resumirse en: a) atribución facultativa, b) atribución impuesta; c) sujeción facultativa, y d) sujeción impuesta.

La *atribución facultativa* se manifiesta como una «mera facultad», como una simple facultad y se grafica en el reconocimiento al actor del poder de accionar en el campo del proceso civil. Producida la violación de una norma de corte sustancial, la ley reconoce al perjudicado la «simple» facultad de solicitar su reparación. Se trata de una opción que tiene este sujeto de demandar ante los tribunales judiciales para obtener una satisfacción. Piénsese, por ejemplo, en un accidente de tránsito en el que el afectado demanda la reparación de los daños en virtud de los arts. 1109 y 1113 C.C.; sin embargo, podría suceder que el damnificado no deduzca demanda o renuncie a hacerlo.

La segunda categoría es denominada como *atribución impuesta* y se manifiesta como una exigencia legal. Ello se representa en la posición del juez frente al proceso, ya que dicho funcionario tiene obligación de pronunciarse ante el simple requerimiento de la parte. La atribución impuesta al juez se presenta como un poder-deber de ejercicio obligatorio, por cuanto no puede dejar de resolver so pretexto de silencio u oscuridad de la ley. Si actor o demandado efectúan una petición, el juez debe proveer necesariamente a ella aunque sea para expresar qué no se ajusta a derecho o que debe ser desestimada o corregida. Por ejemplo, interpuesta la demanda, el art. 176 C.P.C., otorga al juez la facultad de inadmitirla o de requerir la subsanación del defecto que ella exhibe. En rigor, esta facultad constituye una obligación inherente al poder de jurisdicción y al que denominamos «potestad». En el campo del proceso penal esta atribución impuesta funciona como categoría dirigida también a otro funcionario, tal es el caso del ministerio público fiscal.

(17) Clariá Olmedo, Jorge, ob. cit., p. 170

La *sujeción impuesta* implica una situación diferente puesto que se requiere la actuación del sujeto por razones que atienden al interés público. Por ejemplo, se manifiesta en la situación del testigo que tiene una carga pública, consistente en el «deber de comparecer, de declarar y de decir la verdad» (arts. 287, 297 C.P.C. y 131 C.P.P.) y tan es así que si no lo hiciera estos sujetos pueden ser detenidos y obligados a concurrir por la fuerza pública o sometidos a proceso penal por faltar a la veracidad.

Por último, la *sujeción facultativa*, «tiene como significación satisfacerse a sí mismo para prevenir un perjuicio futuro» [18]. Al respecto se ha dicho que gran parte de la doctrina se ha preocupado por precisar el concepto de carga procesal y hacer un correcto deslinde de otros conceptos, tales como los de deberes procesales, obligaciones procesales, facultades procesales o derechos subjetivos procesales. Con relación al deber y a la obligación algunos autores entienden, siguiendo sustancialmente la opinión de Goldschmidt, que mientras que aquellos constituyen imperativos o vínculos de la voluntad instituidos a favor de un tercero o de la comunidad, la carga es un imperativo del propio interés. Así la carga procesal se configura como una situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejada una consecuencia desfavorable para él. Como se advierte, es característica de la carga que no existe en el ordenamiento procesal sanción ante su incumplimiento, sino tan sólo importará para el remiso posicionarse en un plano desfavorable. Es decir, no existe compulsión para su cumplimiento. Por ejemplo, la carga procesal impuesta por el art. 192 C.P.C., que impone al demandado el deber de contestar la demanda bajo apercibimiento de que si así no lo hiciera podrán ser tenidos por ciertos los hechos consignados en el escrito introductivo. Es así que el incumplimiento de ciertas conductas jurídicas verbigracia, incontestación de la demanda, falta de ofrecimiento de prueba, no tienen una sanción jurídica, pero modernamente las leyes procesales le adjudican un valor probatorio que puede equipararse al de un indicio o presunción, según sea.

(18) Clariá Olmedo, Jorge, ob. cit., t. I, p. 172

La llamada carga procesal tiene presencia en todas las etapas del proceso. Así se establecen la «carga de comparecer», «carga de contestar», «carga de ofrecer prueba», etcétera. En rigor, se trata de un imperativo del propio interés. Si ella no es cumplida, el sujeto se posiciona en una situación desfavorable a sus intereses. Adviértase acá la diferencia entre carga pública y carga procesal; la primera implica la posibilidad de ejercer coacción en el sujeto en tanto que en la segunda, sólo se realiza una conminación o advertencia de que se puede perjudicar.

Para completar el pensamiento, cuadra destacar que tanto el actor como el demandado frente a la carga están en situación de actuar pero no pueden ser compelidos a cumplirla. Así, por ejemplo, el demandado debe comparecer y defenderse (arts. 189 y 110 C.P.C.); ambos, actor o demandado, deben absolver posiciones (art. 219 C.P.C.), etcétera. En rigor, no tiene obligación de hacerlo, pero es claro que su silencio o respuestas evasivas pueden ser tomados como confesión.

Por ultimo, señalamos que significando la carga procesal un derecho de los sujetos referido a los poderes de acción, excepción e impugnación, esto es, cualquier acto destinado a defender sus posibles derechos, es posible también que se planteen cargas en ciertos momentos y oportunidades del proceso penal aunque esto no sea tan frecuente.

La existencia y rigor de la carga se diluye o atenúa en procesos con rasgos inquisitivos y más aún en los que rige el impulso procesal de oficio, ya que la carga procesal sería una forma de manifestación *sui generis* emparentada con el instituto de la negligencia.

8. Objeto del proceso

No existe uniformidad en la doctrina acerca de cuál es el objeto del proceso. Sin duda, que para determinarlo es necesario tener en cuenta el contenido de los poderes de acción y excepción (pretensiones) a la luz de los fines inmediatos y mediatos, tal como se explicitaran, esto es, «fijación de los hechos, aplicación del derecho y restablecimiento del orden jurídico alterado».

Por ello, puede decirse que ante la pretensión del actor y la contrapretensión del demandado la jurisdicción las resuelve transformando

(19) Clariá Olmedo, Jorge, ob. cit., t. IV, p. 179.

la *res iudicanda en res iudicata* [19]. Esta actividad constituye el objeto del proceso y el juez llega a la solución aplicando reglas de la sana crítica y de la lógica formal, para lo cual analiza los hechos con relevancia jurídica afirmados por el actor y contradichos por el demandado a la luz de las pruebas rendidas.

El objeto así determinado es válido también para el proceso penal, destacando en este aspecto los diferentes roles o posicionamientos que tienen los sujetos esenciales.

9. Etapas

El proceso judicial se presenta como un fenómeno único; sin embargo, en la vida jurisdiccional se manifiesta a través de diversos procedimientos que son estructurados en forma diferente teniendo en cuenta distintas circunstancias, el derecho de fondo que se pretende realizar, el sistema procesal elegido, la necesidad de imponer determinada forma organizativa a los tribunales, etcétera.

Cabe señalar que en el proceso civil las etapas están estructuradas en forma nítida y determinada ya que se rige por el sistema dispositivo y tiene un orden preclusivo; por lo que no se da mayor movilidad o diferenciación en la actividad.

En tanto, que en los procedimientos que han optado por la oralidad en la instancia única encontramos en forma menos precisa etapas que identifican o presentan particularidades que definen la forma procesal elegida. Tal sucede en el procedimiento penal, laboral y familiar.

9.1. Etapas del proceso civil

Palacio, define al proceso de conocimiento u ordinario como aquél que tiene por objeto una pretensión tendiente a que el órgano judicial dilucide y declare, mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos planteados y (eventualmente) discutidos, el contenido y alcance de la situación jurídica existente entre las partes [20].

(20) Palacio, Lino, *Tratado*, ps. 176 y 184

Como dijimos, el juicio ordinario es aquel que tiene como objeto una pretensión inicialmente incierta tendiente a lograr que el tribunal que entiende en la causa conozca a fondo el problema, reciba la prueba y dicte sentencia de mérito, decidiendo en forma definitiva la cuestión. Por lo general, este juicio consta de cuatro etapas esenciales, y otras que se denominan eventuales.

El proceso tipo por excelencia, es el juicio declarativo ordinario, que se manifiesta como la vía de mayor amplitud para esclarecer las contiendas o conflictos. Se caracteriza por estar estructurado con plazos amplios para contestar la demanda (art. 493 C.P.C.); para ofrecer, recepcionar y meritua la prueba (art. 498 C.P.C.) y correlativamente también para dictar sentencia (art. 121 C.P.C.). Por ultimo, lo caracteriza el efecto de cosa juzgada material que suscita la resolución final. El juicio ordinario por regla general y sin perjuicio de algunas excepciones consta de cuatro etapas esenciales: la introductoria, la probatoria, la discusoria y la decisoria. Analizaremos, también, lo que se denomina «etapas eventuales», ya que pueden plantearse o no en cada tipo de proceso y que están individualizadas medidas preparatorias, cautelares impugnativa y de ejecución de sentencia

9.1.1. Etapa introductoria

El acto procesal propio o típico de esta etapa es la demanda mediante la cual se opera la definitiva e integral introducción de las cuestiones que serán objeto de la decisión final. En esta oportunidad, el actor efectuará las afirmaciones de hechos jurídicamente relevantes en base a las cuales solicitará la tutela del derecho que invoca.

Con respecto al demandado, éste deberá contestar la demanda, ejerciendo de esta forma su derecho de defensa en el plazo de 10 días (art. 493 C.P.C.). Su contestación deberá referirse a los hechos que han sido expuestos en la demanda pues tiene la carga procesal de responder sobre cada uno de ellos. La ley ritual impone al accionado la carga de pronunciarse sobre cada uno de ellos ya sea negando o reconociéndolos. Ello debe realizarse con «claridad» ya que si adopta una modalidad ambigua corre el riesgo que tal actitud pueda constituir una presunción de reconocimiento de los hechos afirmados en demanda (art. 192 C.P.C.). En esta oportunidad, podrá oponer excepciones dilatorias en forma de previo y especial pronunciamiento, siendo este tipo de trámite el único que admite esta forma particular de articulación

Además, en ocasión de contestar la demanda, el accionado puede reconvenir, siendo ésta la única oportunidad para hacerlo.

Con estos actos procesales se cierra el momento introductorio de las cuestiones y se fijan las respectivas posiciones de actor y demandado, quedando delimitado el *thema decidendum* o plataforma fáctica del juicio.

9.1.2. Etapa probatoria

Es el momento u oportunidad en que las partes deben realizar el esfuerzo para arrimar al juez o tribunal los elementos probatorios que acrediten sus pretensiones. En esta actividad las partes deberán prestar la máxima colaboración para obtener el elemento probatorio fundamental.

Esta segunda etapa puede presentarse excepcionalmente como no esencial, por cuanto presupone la existencia de hechos controvertidos. La etapa probatoria, se inicia con el decreto que ordena la apertura a prueba de la causa. Se configura como un momento de plena actividad que se resume en recepción de audiencias, notificaciones, peritajes, inspecciones oculares, diligenciamiento de oficios, etcétera. Participan en ella todos los sujetos procesales y, en especial, los órganos de prueba (por ejemplo: testigos, peritos, etcétera).

Esta fase probatoria se encuentra dominada por plazos perentorios fatales (art. 49, inc. 4 C.P.C.).

Comprende la regulación de las dos categorías de términos probatorios: 1) El ordinario, fijado en 40 días, según dispone el art. 498, aclarando empero que el juez podrá designar otro menor y que se prorrogara a solicitud de parte hasta completar aquél, sin necesidad de causa justificada; y 2) el extraordinario, plazo mayor reservado para casos especiales.

9.1.3. Etapa discusoria

Los actos procesales que objetivan esta etapa son los alegatos cuya finalidad es proporcionar al juez argumentaciones favorables al fundamento de las respectivas pretensiones. Implica, además, discusión crítica de la prueba. Es el momento en que las partes incorporan al juicio elementos doctrinarios y jurisprudenciales útiles para fundar una sentencia que les sea favorable. Es así, que actor y demandado, a través de estos escritos tratarán de evidenciar cómo han sido acreditados los hechos fundamentadores de sus pretensiones; también destacarán en su caso la ausencia de elementos probatorios corroborantes de los hechos afirmados por la contraria. En otras palabras: manifestarán lo que ha permanecido improbado.

De esto se infiere que la función del alegato no se agota con la meritación de la prueba sino que va más allá.

En el juicio ordinario los alegatos se realizan en forma de traslados de ley por su orden. Esto es, primero se corre traslado al actor y luego al demandado (art. 505 C.P.C.). Así, por ejemplo, en el juicio ordinario se confiere un plazo de seis días perentorio no fatal y su cómputo es individual. El plazo comenzará a correr desde que la providencia que ordena los traslados para alegar sea notificada a la parte. Esta etapa asume una característica especial, la de reservada, en el sentido de «no pública» con el fin de garantizar igualdad de las partes. Así los alegatos presentados se reservan en secretaría hasta que se ordene el llamamiento de autos para definitiva. Es decir, que al momento de su presentación sólo se deja constancia de ello en el expediente mediante una certificación puesta por el secretario.

9.1.4. Etapa decisoria

Es la última y esencial etapa del proceso de mérito, para el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Ella se inicia con el llamamiento de autos para definitiva (arts. 506 y 121 inc. 3 C.P.C.). Este es el proveído que señala el comienzo del plazo que tiene el juez para dictar sentencia. Asimismo, tiene el efecto de hacer cesar para las partes la carga de impulso del trámite, y por consiguiente, cesa también la carga de notificación.

Pero antes de la sentencia puede ocurrir que el juzgador disponga dictar lo que se denomina «medidas para mejor proveer». Ellas son providencias probatorias que limitadamente puede disponer el tribunal conforme a las condiciones y los requisitos establecidos por la ley.

La sentencia es el modo normal de conclusión del proceso. Constituye un acto estrictamente formal, esto es, de características documentales y que es propio de la jurisdicción. El juez en la sentencia fija lo fáctico y lo subsume en el derecho positivo vigente. De este modo, la sentencia es el acto que pone fin al proceso decidiendo en forma definitiva sobre las pretensiones de las partes.

La decisión final debe responder al principio de congruencia, plenitud y vastedad. Esto significa que el juez resolverá conforme a los hechos fijados en los escritos de la etapa introductiva (principio de congruencia). Tendrá que hacerlo de acuerdo a los que, efectivamente,

han sido acreditada las partes. Además, deberá contener decisión expresa sobre cada uno de los puntos sometidos a decisión del juez. Así lo establece en los arts. 327 y 328 C.P.C., en tanto, que el art. 329 se refiere a la estructura de la resolución. A su vez, la Constitución de la Provincia exige que toda resolución judicial contenga fundamentación lógica y legal (art. 155 de la Const.Pcial.).

Además de estas etapas denominadas esenciales, pueden presentarse otras, llamadas «etapas eventuales», ya que pueden o no realizarse. Tales son: 1) Etapa de medidas preparatorias; 2) Etapas de cautelares anteriores a la demanda, 3) Etapa de ejecución de sentencia; y 4) Etapa impugnativa.

La etapa de medidas preparatorias están previstas en la ley adjetiva con el fin de obtener datos que resultan de conocimiento indispensables para que el actor en un futuro pueda plantear correctamente su demanda. Conforme lo dispone el art. 485 C.P.C., podrá el actor solicitar que la contraria preste declaraciones sobre hechos relativos a su personalidad, que exhiba la cosa mueble que haya de ser objeto del pleito, que se exhiba algún testamento, etcétera. Configuran casos de excepción, por lo que se ha dicho que son de interpretación restrictiva y su solicitud implican para quien las propone, la carga de demandar o de concretar la pretensión dentro de los treinta días de su realización bajo apercibimiento de caducidad.

Emparentadas con las medidas preparatorias se encuentran las medidas de prueba anticipada que permiten recepcionarlas con antelación a la interposición de la demanda. Su finalidad es la de preservar elementos convictivos que pueden desaparecer con el transcurso del tiempo, tales como el caso de declaración de testigos de avanzada edad, gravemente enfermos o próximos a ausentarse del país, etcétera.

Por otra parte, también en forma excepcional, el código autoriza la posibilidad de ordenar medidas cautelares antes de la promoción de la demanda (art. 466 C.P.C. y art. 231 C.C.).

También constituye etapa eventual del proceso civil la ejecución de sentencia que tiene lugar a solicitud de parte interesada y cuando el demandado no se hubiere avenido a cumplirla voluntariamente.

Por ultimo, mencionamos la etapa impugnativa, que tendrá lugar cuando algunas de las partes o ambas se sientan perjudicadas por lo resuelto en sentencia, interponiendo recursos ordinarios o extraordinarios ante la instancia pertinente.

10. Etapas del proceso penal

El proceso penal cordobés, presenta también una construcción lógica con fases o etapas, algunas esenciales y otras eventuales. Ello es consecuencia del sistema procesal adoptado por el Código Procesal Penal, que guarda analogía con el sistema mixto proacusatorio. Es así que se detectan dos momentos bien diferenciados: la investigación fiscal o jurisdiccional preparatoria y la del juicio plenario.

Se ha conceptualizado a *«la investigación penal preparatoria como la fase eventual y preparatoria del juicio, que cumple un órgano judicial en virtud de excitación oficial (de la policía o del ministerio público) y en forma limitadamente pública u contradictoria, para investigar la verdad acerca de los extremos de la imputación penal, con el fin de dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento»* [21].

Ocurrida, entonces, la noticia *criminis*, se inicia la investigación fiscal preparatoria que tiene por fin reunir elementos de prueba suficientes para dar andamiaje a la acusación. Se trata de las actividades que se desarrollan para la preparación del ejercicio de la acción penal pública. Es que, para imputar a una persona como supuesto autor de un delito, deben existir «motivos bastantes» para sospechar su participación en el hecho punible (art. 258 C.P.P).

La investigación es llevada a cabo por el Fiscal de Instrucción, que detenta la titularidad de la acción penal pública. Este funcionario carece de potestades jurisdiccionales, por ello, ante la necesidad de ejercicio de alguna de ellas (vgr: intervención de las comunicaciones, intercepción de correspondencia, establecer el secreto de las actuaciones, disponer embargos, etcétera), debe requerir necesariamente la orden del juez de instrucción.

Este momento configura un procedimiento previo ya que no se emplaza dentro del proceso estrictamente jurisdiccional, aunque es controlado en su legalidad por el juez de instrucción o de garantías. Es eventual, porque el proceso puede llevarse a cabo sin que se desarrolle la investigación, tal sucede, por ejemplo, en los casos de delitos de instancia privada y en los de faltas contravencionales.

(21) Vivas, Gustavo, *Manual de derecho procesal penal*, t. 1, Alveroni, p. 184

Cabe señalar, que esta investigación penal puede presentar dos modalidades: la fiscal o la jurisdiccional. La primera, resulta impuesta por las leyes adjetivas como regla general para investigar un supuesto hecho delictivo cometido por cualquier sujeto y como se dijo para formular la acusación. En cambio, la investigación jurisdiccional se despliega cuando el imputado goza de algún privilegio constitucional y es llevada a cabo por el juez de Instrucción (art. 301 C.PP).

La segunda etapa, constituye la fase esencial e importa la proyección instrumental en el proceso penal, de las garantías consagradas en el art. 18 C.N., esto es, del juicio previo y del derecho de defensa en juicio.

Esta etapa *«es el epicentro del proceso penal que tiene por fin establecer si se acreditaron o no, total o parcialmente, los extremos argumentados fáctica y jurídicamente en la acusación* (*o del auto de elevación a juicio, o querella, en su caso*) *con certeza positiva fundada en la prueba examinada y contraexaminada por las partes y recibida por el tribunal que declara por sentencia la relación jurídica sustantiva basada en el debate oralizado en forma oral, pública, continua y contradictoria»* [22].

El proceso penal moderno se ha dicho que esgrime entre sus principales propuestas la de jerarquizar el juicio plenario reduciendo la investigación previa, otorgando un rol meramente preparatorio de la acusación. En este sentido, se ha señalado, que la investigación preparatoria debe ser verdaderamente preparatoria, es decir, no definitiva para que el juicio oral y público sea, como corresponden por sus conocidas ventajas y virtudes la estrella de primera magnitud del proceso penal. Es decir, para que la sentencia definitiva se asiente solamente en las pruebas recibidas mediante un sistema de escrupuloso respeto al derecho de defensa y de cara a la sociedad [23].

El juicio común se desarrolla ante tribunales colegiados o en salas unipersonales si se tratare de cuestiones que no resulten complejas y siempre que el imputado no requiera la constitución íntegra del tribunal.

El juicio común constituye el proceso tipo por lo que sus normas se aplican a los demás, salvo que existan previsiones específicas para determinados juicios.

(22) Vivas, ob. cit., p. 185
(23) Cafferata Nores José I., ob. cit., p. 185

La tercera etapa es la denominada *intermedia* y tiene por finalidad ejercer un control de la legalidad de la acusación. Ella se desencadena mediante la oposición que puede ejercer la defensa del sujeto sindicado como autor del delito, consiste en una instancia crítica que recae sobre la acusación y la resuelve el juez de Instrucción fundadamente (art. 357 C.P.P.). La resolución que se dicte es pasible de recurso de apelación por ante la Cámara del Crimen.

Las *etapas eventuales* se presentan ante la deducción de la impugnaciones extraordinarias o ante la necesidad de ejecutar la sentencia.

La etapa impugnativa se abre con la interposición del recurso de casación, medio impugnativo extraordinario por el cual se ejerce principalmente el control de la *quaestio iuris*, puesto que las cuestiones fácticas no resultan susceptibles de conocimiento en dicha sede. Es competente para entender en el recurso de casación el Tribunal Superior de Justicia.

La etapa de ejecución de sentencia, es aquella en la que el juez competente para la ejecución (art. 35 C.P.P.) controla la observancia de las garantías constitucionales durante el tiempo en que el condenado permanece en los establecimientos penitenciarios cumpliendo su condena. Asimismo, en esta fase, el juez ordena los despachos necesarios en orden a la condena impuesta.

11. Etapas del proceso laboral

El proceso laboral, tal como ha sido regulado presenta dos fases esenciales y bien definidas: la de instrucción, conciliación y la de juicio.

La primera etapa, se lleva a cabo por ante el juez de conciliación que cumple las funciones de un juez instructor, ya que ante él se traba la litis, en la audiencia de conciliación. Asimismo, recibe y despacha la prueba con excepción de la testimonial, confesional e inspección ocular, las que deben ser diligenciadas por ante el tribunal de sentencia, esto es, la Cámara del Trabajo.

El juez de conciliación tiene competencia para resolver las cuestiones incidentales que se planteen durante el desarrollo de la etapa de instrucción y opera como tribunal de alzada, la Cámara del Trabajo para conocer de las apelaciones ordinarias deducidas.

Cabe señalar, que el juez de conciliación tiene competencia para ordenar medidas cautelares.

El trámite del proceso se lleva adelante con impulso procesal de oficio, esto es, promovida la demanda por el actor, el trámite continúa sin requerimiento de parte.

La segunda y trascendental etapa, es la de juicio oral público y continuo que se desarrolla ante la Cámara del Trabajo, que presenta una estructura colegiada, aunque puede conocer en salas unipersonales, en los casos dispuestos por Acordada el Tribunal Superior de Justicia [24].

Esta fase comprende, fundamentalmente, la denominada audiencia de vista de causa, en la que se recepcionan las pruebas oralizadas y los alegatos. Por último, el tribunal resuelve en forma definitiva sobre las pretensiones vertidas por las partes.

Las etapas eventuales que pueden señalarse en el proceso laboral, son la de ejecución de sentencia y la impugnativa.

Cabe señalar, que para ciertos casos excepcionales, se impone una etapa prejurisdiccional administrativa.

La etapa de ejecución de sentencia, se desarrolla a instancia de parte y esto marca un cambio importante en el procedimiento que hasta este momento obedecía al impulso oficioso y comprenderá la realización de actividades necesarias para hacer cumplir lo decidido. Se sustancia por ante el juez de conciliación, y el procedimiento se rige por las normas del C.P.C. que actúa como ley supletoria.

La etapa impugnativa extraordinaria se abre con la admisión del recurso de casación, el que debe ser interpuesto por ante el tribunal que dictó la sentencia.

12. Etapas en el proceso de familia

El proceso de conocimiento en el fuero de familia, instrumentado en la ciudad de Córdoba, por la ley provincial 7676, prevé una etapa prejurisdiccional previa y de tránsito obligatorio para cierto tipo de asuntos. Ella tiene lugar ante un funcionario especial, el asesor de Familia, cuya función primordial es la de avenir a las partes para lograr un acuerdo. Esta etapa previa, puede también ser cumplida en los centros de mediación

(24) Acuerdo Nº 53, serie A, del 15 de marzo de 1994.

públicos o privados, por tal motivo, los sujetos involucrados en el conflicto familiar, podrán acudir a la utilización de esta técnica [25]. Si optan por esa alternativa, la ley les tiene por cumplida la etapa prejurisdiccional.

El juicio común presenta dos grandes momentos que se cumplen ante diferentes órganos: juez y Cámara de Familia.

Es así que fracasada la secuencia prejurisdiccional se abre una etapa intrajurisdiccional conciliatoria, que se desarrolla por ante el juez de Familia. Ella abarca los actos de demanda, reconvención y sus respectivas contestaciones, actividad que se cumple en un solo acto, conocido como la audiencia establecida por el art. 60 de la ley del fuero. También comprende el ofrecimiento y diligenciamiento de la prueba, salvo la oralizada que resulta recibida por la Cámara de Familia.

La segunda etapa, se visualiza en la denominada «audiencia de vista de causa» acto de suma trascendencia y de conclusión de la instancia que se desarrolla ante la Camara de Familia. Se trata de un acto oralizado en la que se reciben las pruebas de testigos, se interrogan a las partes y es posible además requerir a los peritos aclaraciones o ampliaciones de sus informes. Luego se pasa al momento crítico del material probatorio que se cumple a través de los alegatos. Así se escucha primero al actor y después al demandado y demás participantes (ministerio fiscal o pupilar, en su caso) quienes en forma ordenada expondrán los argumentos lógicos y críticos de las pruebas arrimadas al proceso. Finalizados los alegatos, el tribunal pasa a deliberar y dicta sentencia.

Cabe apuntar que en otros sistemas adjetivos, la etapa de instrucción, se reúne en un solo acto, que es la audiencia preliminar, tal como sucede en la provincia de Buenos Aires. En esta provincia la etapa de juicio también se lleva a cabo ante un tribunal colegiado, aunque admite su división en salas unipersonales para la decisión de ciertos asuntos.

13. Presupuestos procesales y sentenciales

En doctrina se distingue entre los presupuestos procesales y los denominados presupuestos sentenciales. Pueden definirse a los primeros

(25) Lp. 9032, B.O. 20/8/02, modif. de la 7676.

como aquellos requisitos necesarios o indispensables para la constitución de una relación jurídico procesal válida.

Ellos fueron advertidos por la escuela científica alemana que estableció una distinción entre la relación jurídico procesal necesaria para la tramitación de un juicio y la relación sustancial subyacente e hipotética y con fundamento en el derecho de fondo.

Es preciso destacar que la calidad de parte es independiente de la efectiva titularidad (activa o pasiva) de una relación jurídica sustancial.

Así puede ser parte aun aquel que desde el punto de vista del derecho sustantivo carece de resguardo legal [26].

Los «presupuestos» procesales configuran supuestos previos al proceso, sin los cuales no puede pensarse en su existencia; se señala la necesidad de distinguirlos de los denominados presupuestos sentenciales, esto es, aquellos requisitos cuya concurrencia es necesaria para que pueda ser pronunciada una sentencia válida sobre el fondo del asunto. Se trata, entonces, de presupuestos de la decisión sobre el mérito del juicio [27].

Los presupuestos procesales se refieren a la competencia del juez, (órgano jurisdiccional) a la capacidad de las partes (*legitimatio ad procesum*) y la acreditación de los requisitos formales para entablar la demanda o formular la acusación («cuestión propuesta»). Su no concurrencia obsta al nacimiento del proceso. A los fines de verificar la regularidad de la relación procesal y en su caso la admisión de la pretensiones formuladas por las partes, las leyes formales por regla general contienen disposiciones autorizando al juez a relevarlos de oficio. Tal sucede con lo dispuesto por el art. 176 C.P.C., que otorga facultades expresas al órgano jurisdiccional a efecto de inadmitir la demanda u ordenar que se subsanen los defectos que contenga. Ello configura el otorgamiento de una potestad judicial de saneamiento (despacho saneador) que se concede a veces en forma específica y en otras en forma genérica para depurar el trámite en cualquier oportunidad y a lo largo de todo el proceso (art. 34 inc. 1 bis. C.PN.). En otros casos, se posterga la admisibilidad formal de la pretensión; sin perjuicio de ello se reconoce también a las partes la posibilidad de

[illegible], Raúl «Las partes», en *Derecho procesal civil - Teoría del proceso*, Atenea Cba., [illegible]

[illegible], *Fundamentos*, ob. cit., p. 103

denunciar la ausencia de un presupuesto procesal en caso de que el tribunal no lo haya advertido a través del planteo de excepciones dilatorias: incompetencia, falta de personalidad o defecto legal en el modo de proponer la demanda (art. 184 C.P.C.). En el proceso penal, también se regulan las excepciones dilatorias, en lo atinente a sus efectos (art. 23 C.P.P.).

En rigor, la capacidad procesal (*legitimatio ad procesum*) constituye una capacidad de hecho o de obrar. Por tal motivo, si el sujeto carece de capacidad debe concurrir a juicio con sus representantes. Así si se trata de un menor o incapaz, su personería se integra con la comparecencia a juicio del representante necesario y, en su caso, el promiscuo. Son aplicables en relación a la capacidad procesal las disposiciones del Código Civil y rige, en consecuencia, el axioma que expresa que la «capacidad es regla y la incapacidad la excepción».

La capacidad procesal es la aptitud para poder realizar eficazmente los actos procesales de parte. Ante la ausencia de capacidad procesal, no obstante ser los sujetos titulares de la relación sustancial, no gozan de aptitud para defenderlos por sí en el proceso; v.gr. dementes, sordomudos, pródigos, interdictos, ausentes, etcétera. El juez, además, debe estar munido de competencia. La competencia, subjetivamente, es la aptitud o capacidad que la ley reconoce a los órganos judiciales para administrar justicia en un caso dado y objetivamente, es la órbita jurídica dentro de la cual el tribunal ejerce su jurisdicción. La falta de competencia también puede ser relevada de oficio por el juez cuando es absoluta; caso contrario, si se trata de incompetencia relativa deberá ser alegada por el demandado a través de excepción.

El último presupuesto procesal está dado por el planteo en forma de una cuestión concreta planteada con las formalidades establecidas por la ley a tal efecto (art. 175 C.P.C.; arts. 303 y 355 C.P.P).

Por su parte, los presupuestos sentenciales son desarrollados en doctrina con enfoques diferentes.

Los presupuestos sentenciales son aquellas condiciones indispensables para que el juez pueda dictar válidamente la sentencia. En tal sentido, se requiere la realización de un procedimiento previo y completo, por su forma y grado, para permitir el pronunciamiento de la resolución final (procedimiento regular y legal). Esto es, que el procedimiento además de haberse cumplido regularmente y en forma completa no debe encontrarse impedido por obstáculos a su promoción: así, por ejemplo, la existencia de privilegios constitucionales, la omisión de acusación o de denuncia en delitos de instancia privada, la ausencia

de dictamen del asesor de menores e incapaces cuando éste ha sido impuesto por la ley, etcétera. Además, el trámite debe haberse desarrollado con sujeción a las formas esenciales establecidas en la ley (idioma, documentación) y hallarse en un estado tal que permita el pronunciamiento de una sentencia válida por haberse cumplido las etapas que son inevitablemente previas y necesarias (introducción de las cuestiones, prueba y discusión en el proceso escrito; debate en el proceso oral) [28].

Desde un enfoque diferente se identifica a los presupuestos sentenciales vinculándolos a las pretensiones de actor, demandado o imputado de contenido sustancial. Los presupuestos sentenciales así estarían configurados por aquellos requisitos necesarios para que el juez pueda, en la sentencia, proveer al fondo o mérito de la cuestión; es decir, resolver si el demandante tiene o no el derecho pretendido y el demandado la obligación correlativa o si el imputado tiene o no la responsabilidad que se le imputa. La falta de estos presupuestos hace que la sentencia sea inhibitoria. Estas condiciones, entonces, se refieren no al procedimiento sino a la pretensión.

Cabe señalar, que desde este punto de vista se distingue entre los presupuestos sentenciales referidos a la pretensión del actor y los presupuestos sentenciales de la oposición del demandado [29].

Los presupuestos materiales de una sentencia favorable al actor son: 1) La existencia real de la relación jurídica sustancial pretendida; 2) La prueba en legal forma de la situación del hecho jurídicamente relevante invocado, es decir, de los hechos o actos jurídicos que le sirven de causa; 3) La exigibilidad del derecho, por no estar sometido a plazo o condición suspensiva, 4) La petición adecuada al derecho que se tenga, porque puede tenerse el derecho y haberse probado, pero si se ha pedido cosa distinta se obtendrá sentencia desfavorable; 5) Haber enunciado en la demanda los hechos esenciales que sirven de causa jurídica a las pretensiones, ya que su falta ocasiona el fracaso en la sentencia, aunque se tenga el derecho ya que el juez debe basar su decisión en tales hechos.

Constituyen presupuestos de la sentencia favorable al demandado: alegar las excepciones, cuando así lo exija la ley (prescripción,

(28) De la Rúa, Fernando, ob. cit., p. 139.
(29) Devis Echandía, Hernando, ob. cit., p. 279.

compensación, etcétera) y acreditarias; también podría esgrimirse la simple ausencia de alguno de los presupuestos del éxito de la demanda [30].

Queda claro, entonces, que esta postura vincula a los presupuestos materiales o sentenciales con la cuestión de fondo y atacan a las pretensiones sustanciales esgrimidas por actor o demandado. Por ello, su existencia o inexistencia determinarían la admisión o rechazo de la pretensión en la decisión final. En este orden de ideas se los vincula con: la legitimación en la causa, es decir, con la calidad o idoneidad para actuar como actor o demandado en un determinado proceso. En tal sentido, el actor debe ser la persona habilitada por ley para formular la pretensión y el demandado el autorizado o contradecirla pero esta legitimación debe además ser calificada por otros elementos. Así debe exhibirse, además, un interés sustancial en la obtención de la sentencia y una petición presentada en forma clara y concreta y que no haya sido impugnada por objeciones como, por ejemplo, aducida la cosa juzgada o la *litis pendencia* [31].

También se requiere la necesidad de existencia de un planteo correcto de la relación sustancial pretendida; prueba de los hechos y exigibilidad del derecho.

Sintetizando los argumentos de Devis Echandía acerca de los presupuestos sentenciales debe señalarse que la inexistencia de un presupuesto sentencial puede determinar el dictado de una sentencia inhibitorio o, en su caso, el rechazo de las pretensiones. El primer caso -sentencia inhibitoria- significa que el juzgador advertido sobre la ausencia de un presupuesto sentencial se abstiene de dictar la decisión de fondo y resuelve solamente sobre esta ausencia. En tanto, que la segunda posición importa la admisión sobre la procedencia de una excepción, que releva al juez de la cuestión.

Se señala, asimismo, la existencia de presupuestos materiales que se refieren a las sentencias penales, tales son: 1) una adecuada imputación en la acusación fiscal al iniciar el enjuiciamiento; 2) la prueba diligenciada en legal forma y referida a la existencia de los hechos delictuosos que se investigan; 3) que esos hechos sean precisamente

(30) Devis Echandía, ob. cit p. 274
(31) Devis Echandía, ob cit, p. 280

los imputados al momento de la promoción de la acción; 4) también la prueba de que le incumbe la responsabilidad por tales hechos; 5) que no aparezca probada una circunstancia de inimputabilidad o exhonerante de responsabilidad penal.

Como se ve, desde esta óptica los presupuestos sentenciales en general, materia civil o penal, se dirigen al fondo de la cuestión debatida e impiden u obstan al dictado de una sentencia favorable a las pretensiones de los sujetos.

Por ello, se señala, que mientras la ausencia de presupuestos procesales impide que el juicio pueda tramitarse válidamente, los requisitos sentenciales atacan a la pretensión e impiden que las partes obtengan una resolución favorable o sus pretensiones.

En definitiva, con la precisión que lo caracteriza, Couture ha expresado que para tener una sentencia favorable *«no hay mejor presupuesto que un buen derecho. Sin embargo la invocación correcta del derecho, cuando ello es indispensable, y la producción de la prueba cuando se tiene sobre sí la carga de la misma son en verdad presupuestos procesales de una sentencia favorable. No alcanza el precepto de la sabiduría popular con tener derecho, es preciso también demostrarlo y probarlo»* [32].

Por último, efectuada la distinción entre presupuestos procesales y presupuestos sentenciales, creemos necesario advertir que los límites de éstos no están definitivamente fijados, sino que su teoría se encuentra en vías de desarrollo por lo que no existe uniformidad en su tratamiento.

13.1. Legitimación sustancial y procesal

Para completar el desarrollo que antecede estimamos importante efectuar algunas precisiones. A tal efecto, señalamos las diferencias entre lo que se ha denominado legitimación procesal y la legitimación en la causa (*legitimatio ad processum* y *legitimatio ad causam*), tema que, por otra parte, es desarrollado en forma más extensa en otro capítulo.

La legitimación sustancial activa supone identidad entre la persona a quien la ley le concede el derecho de acción y quien asume en el proceso

(32) Couture, J., ob. cit, p. 110

el carácter de actor. Hay legitimación pasiva cuando existe identidad entre la persona habilitada para contradecir y quien ha sido demandado [33].

De allí que para denunciar la falta de identidad entre el efectivo titular del derecho sustancial y quien asume el carácter de actor debe utilizarse la defensa de falta de acción (*sine actione agit*); mientras que la falta de legitimación procesal debe denunciarse por medio de la excepción procesal dilatoria de falta de personalidad (art. 184 inc. 2 C.P.C.).

13.2. Prejudicialidad penal

Estimamos necesario referirnos a este tema denominado «presentencialidad penal» ya que se trata de una institución emparentada con los desarrollos previos pero perfectamente diferenciable.

Esta institución denominada también prejudicialidad pretende evitar el dictado de sentencias contradictorias y consiste en la prohibición que tiene el juez civil de dictar fallo cuando existiere una causa en sede penal anterior a la civil en la que se debatieren los mismos hechos (art. 1101 C.C.). Es decir, que la existencia de prejudicialidad no impide la promoción de la acción o el planteo de la pretensión sino que solamente difieren o posterga el dictado de la sentencia [34].

La prejudicialidad se presenta cuando *«una cuestión sustancial autónoma se constituye en necesario antecedente lógico-jurídico de la relación que debe adoptarse en la sentencia; cuestión que es indispensable resolver previamente por otra sentencia o providencia que haga sus veces, en proceso separado, con valor de cosa juzgada»* [35].

Como se advierte, opera como obstáculo para el dictado de la sentencia, puesto que el proceso puede desarrollarse y alcanzar ese estado, sin que pueda en definitiva dictarse el pronunciamiento

(33) Arazi Roland, «La legitimación como elemento de la acción», *La legitimación*, libro homenaje a Prof. Dr. Lino Palacio, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1996, p. 23.

(34) Fernández, Raúl, «La sentencia en el proceso civil y comercial de Córdoba», trabajo de Tesina presentado ante la Secretaría de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C., aprobado con sobresaliente, 2002, p. 6

(35) Azpelicueta, Juan José - Tessone, Alberto, *La alzada, poderes y deberes*, L.E.P., Bs. As., 1993, p. 75

jurisdiccional final. Nuestro derecho positivo ha regulado la prejudicialidad en el art. 1101 C.C., que refiere explícitamente al ejercicio de las pretensiones resarcitorias derivadas de delitos. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han extendido su aplicación a otras materias. En efecto, el concepto de prejudicialidad resulta de aplicación a otros supuestos, en los que dada la naturaleza del tema litigioso es necesario contar con una decisión previa de otro tribunal, ya que ésta puede influir con efectos de cosa juzgada en la resolución final a dictarse. De otro modo, se corre el riesgo de obtener sentencias contradictorias sobre un mismo punto, con el consiguiente escándalo jurídico que ello apareja. Por consiguiente, a la prejudicialidad debe advertirla el juez y relevarla oficiosamente a efectos de dictar sentencia en tiempo oportuno, esto es, cuando se haya resuelto o concluido el proceso penal.

Se trata de un instituto de orden público, ya que persigue evitar el escándalo jurídico que significaría el dictado de sentencias contradictorias [36].

El efecto que suscita la prejudicialidad, en el proceso en que se plantea, es el de aplazar el dictado de la sentencia, por la íntima conexión existente entre el pronunciamiento a dictarse en sede penal, con el que se habrá de obtener en sede civil.

(36) La jurisprudencia ha precisado que «el art. 1101 C.C., consagra un principio de orden público, en virtud del cual es un deber del juez suspender el dictado de la sentencia en el proceso civil mientras no recaiga pronunciamiento en sede criminal. No enerva dicho principio la circunstancia de que en la demanda civil no se esgrimió la comisión de un delito ni se reclamó resarcimiento de daños y perjuicios hipotéticamente ocasionados, con fundamento en el art. 1096 C.C. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, 1/12/97, «Collard Bovy, Gisele y otro c. Mazzei, Alberto y otros», La Ley, 1998-B-616). «En orden a la prejudicialidad prevista en el art. 1101 C.C., y siendo el mismo hecho invocado para la cesantía el que originó la causa penal, no puede el tribunal del trabajo válidamente pronunciar sentencia hasta que no se dicte resolución definitiva en aquel fuero a la que no es equiparable el sobreseimiento provisorio». (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 10/8/93, «Ferrari, Raúl F., c. Piantoni Hnos. S. A.», D J B A., 145-6355)

Si la pendencia del proceso penal es de tal magnitud que impide en forma real el derecho de defensa en juicio debe pronunciarse resolución civil aunque no haya recaído sentencia en sede penal, pues todas las normas jurídicas, aun las imperativas y de orden público, deben ser interpretadas razonablemente en función de las circunstancias particulares del caso concreto, de los principios generales del ordenamiento jurídico y de las normas de jerarquía constitucional. (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I, Civil y Comercial, 21/5/98, «Martínez, Amador y otros c. Lucero, Pascual G.», La Ley, 1999-A-64 - D J, 1999-1-609 - R.R.C., 1999-1-153 - RCyS, 1999-577)

13.3. Improponibilidad objetiva de la demanda

Este tema será abordado con mayor amplitud posteriormente pero creemos que debemos incorporar su tratamiento por razones de método y didácticas y por su vinculación con las cuestiones precedentemente desarrolladas

Analiza si es posible el rechazo *in limine* de una pretensión, por su evidente carencia de fundamentos jurídicos.

Pese a su relevancia el tema no ha concitado el interés de los legisladores y, por lo tanto, no existe regulación expresa al respecto.

Se parte de la afirmación de que el rechazo de la pretensión es inadmisible cuando se trata de un acto «objetivamente proponible»; caso contrario, la demanda resultaría improcedente o inadmisible según sea el vicio intrínseco que la afecte.

La meditación que impone el tema de la «improponibilidad objetiva» de una pretensión se refiere a la ausencia absoluta de basamento o a una petición basada en un interés que jurídicamente no es digno de protección y que le impone al juez un examen anticipado acerca de la atendibilidad sustancial, puesto que si lo deriva a la sentencia de mérito, corre riesgo de provocar un dispendio jurisdiccional por haber tramitado un pleito carente de la mínima fundamentación sustantiva [37].

El punto se plantea cuando los particulares en una demanda someten a la decisión del órgano jurisdiccional una cuestión que de su simple lectura resulta claramente infundada, se cuestiona si puede el juez rechazarla *in limine*, es decir, al momento de su presentación o si por el contrario debe tramitarse integralmente el juicio para recién resolver su rechazo al momento del dictado de la sentencia de mérito [38].

Inicialmente afirmamos que la demanda no es un instrumento que se pueda utilizar para satisfacer aspiraciones ajenas en el orden jurídico o absolutamente desvinculadas de él.

Por ejemplo puede tratarse de una demanda cuya pretensión expresa:

• Un objeto contrario a la moral: por ejemplo, contrato sobre casas de tolerancia

(37) Gozaini, Osvaldo, *La conducta en el proceso*, L.E.P., Bs. As., 1988, p. 140

(38) Rodríguez Juárez, Manuel, *Cuestiones procesales*, Alveroni, Cba., 1998.

• Un objeto contrario a las buenas costumbres: por ejemplo, actos usurarios.

• Un objeto prohibido por las leyes: por ejemplo, un contrato sobre esclavitud, prostitución o trata de blancas.

• El reclamo de una situación no protegida jurídicamente: por ejemplo, demanda fundamentada en la falta de saludo de una persona a otra.

El interrogante se formula acerca de si es necesario ante la presencia de estas situaciones tramitar íntegramente el proceso para resolver en la sentencia o puede inadmitirla inicialmente evitando así un desgaste jurisdiccional estéril.

Desde una concepción clásica y privatista del proceso se sostiene, que el juez no puede examinar inicialmente la proponibilidad jurídica de la cosa demandada debiendo limitar su examen preliminar a los requisitos o condiciones formales de procedibilidad. Sostienen que la oportunidad o etapa en la que el juez puede decidir sobre la procedencia sustancial de la demanda, es la etapa decisoria, previa integral tramitación del juicio. Recién en esa oportunidad podría el órgano jurisdiccional pronunciarse con respecto a la procedencia sustancial de ella.

Con una visión más actual y publicista del proceso se ha expresado que si de la exposición de hechos no surge una concordancia entre el derecho pretendido y el régimen normativo o es violatorio de los principios en que se sustenta, la demanda carece de objeto jurídicamente proponible y el juez debe inadmitirla también inicialmente [39]. En esta posición se reconoce al juzgador que, dentro de los poderes propios de la jurisdicción se comprende la facultad de rechazar *in limine* la pretensión por evidente falta de fundabilidad aun en el caso de que el actor haya introducido una demanda formalmente completa y admisible.

Adherimos a la última posición ya que no puede permitirse, en el estado actual del derecho procesal que por pasividad del juez, se propongan, sustancien o reclamen derechos sobre situaciones jurídicas que la ley categóricamente prohíbe.

Ello encuentra fundamento en principios de economía procesal, e implica reconocer expresamente ciertos poderes a la jurisdicción y se

(39) Carlo, Carli, *La demanda civil*, Aretua Lex, 1994

advierte que la posición contraria importaría a nuestro entender un exceso de rigor formal [40]. En consecuencia, concluye, que es deber del juez repeler demandas que son inicialmente infundadas; sin embargo, debe tratarse de situaciones clara y categóricamente rechazadas por la ley. Se impone para su aplicación una interpretación restrictiva ya que no puede dejar de tenerse en cuenta que puede estar afectando al derecho de defensa.

(40) Bertolino, Pedro, *El exceso ritual manifiesto*, L.E.P., La Plata, 1979, p. 155.

CAPITULO III

Bases constitucionales del proceso y norma procesal

unidad 3

unidad 7

Sumario: 1. Bases constitucionales del proceso y norma procesal. 1.1. Estructura institucional. 1.2. Juicio previo. 1.3. Juez natural. 1.4. Inviolabilidad del derecho de defensa en juicio. 1.5. Igualdad. 1.6. Acceso a la justicia. 1.7. Duración razonable del proceso 2 Norma procesal 2 1 Caracteres de la norma procesal 2.2. Fuentes de la norma procesal. 2.2.1. Fuentes directas e indirectas. 2.3. Interpretación e integración de la ley. 2 4. Aplicación de la ley procesal en el espacio y en el tiempo.

1. Bases constitucionales del proceso y norma procesal

1.1. Estructura Institucional

El gobierno de nuestro país se ha organizado bajo la forma representativa, republicana y federal según lo prevé la Constitución Nacional. En ésta, se establece, además de la forma jurídica que asume el Estado, su organización y los denominados derechos fundamentales de los individuos. Así prevé los diferentes órganos que integran los poderes del Estado, delimita sus funciones y regula las relaciones entre ellos. El art. 1º C.N., establece que «la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal....». Por su parte, el art. 5º impone a cada provincia el deber de organizar su administración de justicia respetando las reglas de la Constitución Nacional. Esto significa que coexisten en la organización

judicial argentina, dos órdenes que corresponden uno al nacional federal y el otro al de cada provincia que debe adecuar sus instituciones a lo establecido por la Constitución Nacional.

Según el desarrollo efectuado *supra*, la norma procesal se manifiesta en el texto de la Constitución y en algunos casos se apoya en ella, como precedente indiscutible al cual responde y del cual no puede apartarse. Es que la Constitución Nacional es la fuente primaria de realización del derecho, tal como fluye de lo prescripto por el art. 31 C.N., que consagra su supremacía, aunque en rigor se ha dicho que se trata *«del derecho federal (formado por la Constitución, los tratados y las leyes nacionales) sobre el derecho de las provincias (formado por la Constitución y las leyes provinciales). Es decir, que las provincias deben sujetarse a la Ley Suprema»* [(1)]. Esto es así, por cuanto el art. 5° C.N., establece que las provincias están obligadas a conformar sus constituciones locales y demás normas jurídicas que dictaren a la Ley Suprema de la Nación. De esta forma se obtiene la pirámide jurídico normativa, encontrándose en la cúspide la Constitución, y de la que derivan las demás normas. La construcción del modelo refleja un escalonamiento jerárquico entre las diferentes normas que la integran y es allí donde detectamos las normas realizadoras procesales que sirven a las sustanciales y permiten abrir las puertas de los tribunales para obtener el respeto del derecho de fondo; de este modo se consagra el acceso a la justicia o derecho a la jurisdicción.

Por su parte, el art. 28 C.N. consagra el principio de limitación, que consiste en que las leyes que reglamentan el ejercicio de los derechos no pueden «disminuir, restringir ni alterar» los principios, garantías y derechos reconocidos en la Constitución. Vale decir, este mandato funciona como un límite a la atribución conferida al legislador, quien podrá dictar normas reglamentarias del ejercicio de los derechos fundamentales y de las garantías básicas para la realización de la justicia, pero sin alterar su espíritu.

La Constitución sienta principios de neto corte procesal a los cuales deben acomodarse las leyes nacionales y provinciales, y que los jueces tienen el deber de respetar aun cuando contraríen disposiciones expresas de las leyes. Ello da origen a la facultad del juez para declarar la

(1) Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, 3ª ed., Zavalía, Bs. As., 2000, p. 181.

inconstitucionalidad de una ley en un caso concreto. Esto es lo que se conoce como el control de constitucionalidad de las leyes, que se fundamenta en el art. 31 C.N. Cualquier juez ya sea de la Nación o de la provincia ejerce este control. Ahora bien, para que proceda la declaración de inconstitucionalidad, debe encontrarse vulnerado, efectivamente, un derecho, ya sea individual o de incidencia colectiva.

Asimismo, en el ámbito local, la Constitución de cada provincia constituye ley suprema frente a las otras normas jurídicas (leyes, ordenanzas y decretos) que dictaren las autoridades ya sean provinciales, municipales o comunales.

De acuerdo al desarrollo efectuado, es posible afirmar que los códigos procesales y la legislación orgánica de la Nación deben adecuarse a los principios sentados por la Constitución Nacional y correlativamente los códigos y leyes procesales de las provincias deben, además, conformarse a las normas de derecho sustantivo del Congreso de la Nación y a la respectiva constitución [(2)].

De acuerdo al régimen republicano de gobierno, el Poder Judicial debe tener asegurada su independencia con respecto a los otros dos poderes del Estado. Esta situación permite que el Poder Judicial permanezca ajeno a los vaivenes de la política, con autonomía de criterio en la decisiones de los jueces. Ello significa que el magistrado a la hora de resolver no está subordinado ni moral, ni materialmente a ninguna autoridad. Es que a la hora de juzgar, la misión del juez, que se traduce en impartir justicia, debe ser adoptada libremente y con sola sujeción a la ley. Por ello, se ha dicho que *«esa independencia es la base fundamental para asegurar la imparcialidad del tribunal en el cumplimiento de la función jurisdiccional»* [(3)].

1.2. Juicio previo

El art. 18 C.N., establece el principio básico de que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. La interpretación correcta del mandato supone

(2) Clariá Olmedo, Jorge, ob. cit., t. I, p. 62
(3) Clariá Olmedo, Jorge, ob. cit., p. 66.

sostener que contra nadie se podrá ejecutar una pena, si no existe en su contra condena definitiva impuesta por sentencia firme, que tenga fundamento legal y que, salvo caso de ley posterior más benigna, ese fundamento lo sea en ley anterior al hecho del proceso. Señalan los autores, que aunque el texto constitucional refiera a la voz «pena» debe entenderse que alude a «condena». Es decir, refiere a una imposición establecida por sentencia, siendo comprensiva tanto de la condena criminal como de la civil [4]. Cabe señalar, que el precepto abarca dos ideas, a saber: la del juicio previo y la que refiere a la ley anterior. En este último aspecto, presenta diferente extensión en el ámbito civil del ámbito penal. En efecto, cuando el conflicto afecta al derecho civil no puede considerarse como integrante de la garantía en estudio, la necesidad de que exista una ley que prevea el caso, ya que puede el juez integrar el ordenamiento jurídico por las vías que le brinda el sistema, a saber: analogía, o principios generales del derecho. En cambio, en el proceso penal por vigencia del aforismo *nulla poena, nullum crimen sine lege praevia* resulta de aplicación rigurosa el principio que exige que para condenar sea posible la adecuación del hecho criminal con el tipo legal, que determina de antemano la esfera de ilicitud. Ello significa que la extensión de esta garantía constitucional, es mayor en el proceso penal, por cuanto encierra tres subprincipios: el de reserva de la ley penal, el de indispensabilidad del proceso previo y el del estado de inocencia.

Así, los autores, definen el principio en una fórmula omnicomprensiva que se sintetiza en la siguiente expresión «*Ningún habitante de la Nación podrá ser penado o ejecutado en sus bienes sin juicio previo fundado en ley*» [5]

El precepto constitucional contiene diversos elementos, que en sucesión cronológica se exponen con un orden lógico. En primer lugar, debe existir una ley que prevea y sancione el hecho. Además, debe presentarse un hecho que resulte de la categoría de los captados por la ley y que desencadene el proceso. Este proceso debe llevarse a cabo con la posibilidad de audiencia del perseguido y debe concluir con una sentencia en la que se fije el hecho y se aplique el derecho. Por fin, alcanza también la ejecución de la pena impuesta en la sentencia condenatoria cuando ha quedado firme

---

(4) Alsina, Hugo, ob. cit., t. I, p. 252

(5) Clariá Olmedo, ob. cit., p. 68

En otras palabras, lo que garantiza la fórmula constitucional, se sintetiza en la idea que refiere a la imposibilidad de condenar válidamente a cualquier persona sin que antes se haya desarrollado un proceso conforme a las exigencias constitucionales. Ello importa sostener que para poder considerar válido un juicio, debe existir: acusación, defensa, prueba y sentencia. Conjugado este principio con la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio, habremos obtenido lo que se conoce como el «debido proceso legal adjetivo».

1.3. Juez natural

El art. 18 C.N., también contiene en su texto el principio del juez natural al expresar que «ningún habitante de la Nación puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa». Cuando el mandato utiliza la voz «jueces» se lo emplea en sentido técnico jurídico y excluye la expresión «comisiones», como órganos irregulares no idóneos para juzgar. El precepto impide que los particulares sean juzgados por comisiones especiales o tribunales de carácter extraordinario. Según la doctrina de la Corte, las comisiones especiales son aquellas que sustituyen en un caso concreto y determinado al juez con competencia para ello, sea porque la ley lo establece o habiendo mediado un desconocimiento de la competencia legal [6].

La doctrina ha sentado que «*debe entenderse como juez natural al tribunal impuesto por la Constitución para intervenir en el juicio y juzgar a cualquier habitante de la Nación. Se trata del tribunal constituido conforme a las normas y con resguardo de las garantías constitucionales y que responde a las leyes que en su consecuencia se dicten para el nombramiento de los jueces y para la integración, funcionamiento y competencia de los respectivos órganos juzgadores*» [7].

Esta garantía tiene por objeto asegurar a todos los habitantes del país una justicia imparcial, la que resulta afectada cuando personas no investidas de jurisdicción para conocer en las contiendas judiciales se

---

(6) Doctrina de Fallos 310 804 y 2184.

(7) Clariá Olmedo, J., ob. cit., t. I, p. 72.

adjudican por error o por abuso, el poder de hacerlo. También se vulnera este principio cuando se atribuye jurisdicción para juzgar un caso concreto y determinado a una persona u organismo ajeno al Poder Judicial. Por último, cuando se sustrae una causa a la competencia del juez que continúa teniéndola para casos semejantes, con el fin de discernirla a un juez que no la tiene para conocer en general de la materia sobre la que aquella versa, pues tal procedimiento comporta instituir, indirectamente, una comisión especial disimulada [8].

Como derivación lógica de este principio puede señalarse *«en primer termino, que la organización judicial debe ser regulada por la ley (en sentido formal); es decir, que el Poder Ejecutivo no puede crear tribunales o dictar normas de competencia»* [9].

Cabe destacar, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *«que la garantía de juez natural es ajena, por lo pronto, a la distribución de competencia entre los jueces permanentes del país, así como entre éstos y autoridades administrativas cuyas decisiones son recurribles judicialmente»* [10].

La formulación positiva de este principio exige que *«la función jurisdiccional sea ejercida por magistrados instituidos previamente por la ley para juzgar una clase de asuntos o una categoría de personas»* [11]. La potestad jurisdiccional deriva directamente de la Constitución, que establece genéricamente los requisitos para desempeñar la magistratura y el procedimiento para su designación.

Como derivación de las garantías de juicio previo y del juez natural se advierten otras garantías, que si bien no están contempladas explícitamente en el art. 18 C.N., es posible extraerlas del precepto. Ellas son: el derecho a la jurisdicción y la prohibición de establecer una justicia especial fundada en fueros personales.

El derecho a la jurisdicción supone que el Estado debe prestar el servicio de justicia a los particulares a fin de satisfacer sus pretensiones y, consecuentemente, el sujeto a quien se le imponga una determinada

(8) Palacio, Lino, *Derecho procesal civil*, t. I, Abeledo- Perrot, Bs. As., 1983, p. 142
(9) Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. II, Marcos Lerner, Cba., 1982, p. 49.
(10) Fallos, 256 533; 258 40, 259 11; 261.103
(11) Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., p. 50

conducta o modificación de una situación jurídica, tiene derecho al proceso. Esta posibilidad de actuación se resuelve en los poderes de acción y de excepción.

La prohibición de establecer una justicia especial fundada en fueros personales, no impide la existencia del fuero real o de causa. Vale decir, *«que una persona o grupos de personas puedan ser juzgados, no como todos los ciudadanos por los tribunales ordinarios, sino por tribunales conformados por integrantes de su grupo de pertenencia: militares, eclesiásticos, profesionales. Pero no están abolidos los fueros reales o de causa, es decir, que un integrante de un grupo, un militar, por ejemplo, pueda ser juzgado por militares, sólo si comete delitos militares»* [12]. Este fuero no existe cuando se trata de delitos comunes cometidos por militares, en cuyo caso serán juzgados por la justicia ordinaria.

1.4. Inviolabilidad del derecho de defensa en juicio

El art. 18 C.N., reconoce explícitamente la inviolabilidad de la defensa en juicio al consagrar que «es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos». La vigencia de este principio supone asegurar a todo particular que intervenga en un proceso, ya sea como actor, acusador o demandado o perseguido la posibilidad de ser escuchado, de contradecir y de ofrecer prueba.

Como apunta Clariá, el vocablo «juicio», tiene significación objetiva y material, y refiere al camino o trámite para la realización de la justicia [13]. Es decir, alude a esa serie de actos que la ley adjetiva define abstractamente como instrumento idóneo para la realización del derecho de fondo. Al decir de este autor, tiene sentido lógico e involucra lo que él denomina tesis, antítesis y síntesis. Es decir, acusación o petición del actor, defensa ó contradicción de demandado y sentencia, como síntesis final. Dicho de otro modo, abarca todo el trámite, es decir, a todo el proceso en sentido técnico jurídico y en sus diversas etapas. Su

(12) Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, 3ª ed., Zavalía, Bs. As. 2000, p. 102.
(13) Clariá Olmedo, Jorge, ob. cit., p. 76

vigencia, procura asegurar a cada una de las partes la posibilidad de postular sus respectivas pretensiones.

Podría decirse, que la Constitución acuerda a las partes el derecho subjetivo de tutelar sus intereses en la forma y condiciones que la ley procesal establezca [14]. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha sentado que «la garantía de la defensa en juicio requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie, arbitrariamente, de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren asistirle» [15].

La inviolabilidad de la defensa en juicio es la más amplia y vigente de las garantías constitucionales; comprende tanto la defensa material, como la técnica. La material, supone reconocerle al justiciable el derecho de participar en la invocación o defensa de sus intereses; la técnica, importa establecer la exigencia legal de un patrocinio letrado obligatorio y asegurarlo para el caso de carencia de recursos.

Esta garantía constitucional se extiende a cualquier tipo de procedimiento, sea cual fuere el derecho sustancial en debate, aunque adquiere mayor trascendencia en materia penal. Así, por ejemplo, el Estado asigna un defensor oficial al imputado cuando éste no lo designare o no consiguiere quien le defienda.

Constituyen subprincipios que informan al genérico de la defensa en juicio el de la intervención en juicio, el de audiencia ante el tribunal, el de prueba de las cuestiones planteadas, el de asistencia técnica, el de igualdad de oportunidades

La intervención en juicio importa consagrar que todo sujeto de derecho tenga la «irrestrictible» oportunidad de comparecer ante el tribunal para hacer valer sus derechos como pretendiente activo o pasivo, directamente o por representación legítima, ya sea como actor, acusador, demandado o perseguido [16]. Esta posibilidad de actuación se canaliza por los poderes de acción y de excepción que se ejercen frente al de jurisdicción propio y exclusivo del órgano judicial. Su efectiva vigencia, en el proceso penal, alude a un ejercicio sin restricciones de la defensa material que se concreta en la indagatoria y en la intervención durante todo el desarrollo del proceso.

(14) Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., t. I, p. 204
(15) Fallos, 267 228
(16) Clariá Olmedo, Jorge, ob. cit., t. I, p. 78

La audiencia ante el tribunal funciona como impedimento para ser condenado sin ser oído previamente.

Esta garantía se encuentra interrelacionada con otras bases constitucionales, a saber, en materia penal: la prohibición de obligar a declarar contra sí mismo, de ser condenado sin ser oído, de arresto sin orden escrita de autoridad competente, y de la inviolabilidad de la correspondencia, etcétera.

En otro ramas procesales -civil, laboral, familiar, etcétera- funciona de diferente manera y se manifiesta como el otorgamiento al demandado de una razonable oportunidad a ser oído. En efecto, éste puede optar por la rebeldía o la ausencia en sentido genérico en todo el trámite del juicio

1.5. Igualdad

La garantía de igualdad está contemplada en el art. 16 C.N., y presenta diversas facetas por cuanto alude a la igualdad en diversos aspectos, el racial, el de rango social, el laboral, pero principalmente, el de justicia.

Si bien la ley predica que todos los hombres son iguales ante la ley, no se desconoce que existen diferencias de persona a persona, ya sea de orden físico, moral, etcétera. Ello es propio de la condición humana, pero lo que la ley garantiza es que no debe excluirse o prohibirse a los unos lo que se les concede o garantiza a otros en las mismas condiciones.

Couture, señala que «*todo el sistema tiene como principio el de la igualdad de las partes ante la ley*» [17]. Esta garantía está íntimamente vinculada al derecho de defensa en juicio, y analizada bajo esta óptica se «*traduce en el equilibrio con respecto a las oportunidades que deben tener las partes para hacer valer sus derechos y garantías*» [18]. Se trata de la igualdad de los iguales en iguales circunstancias; procesalmente el principio significa, que «*todas las personas litigan ante los mismos jueces, con iguales formalidades, derechos y obligaciones, sin que importe una excepción al principio la existencia de tribunales especiales, desde que*

(17) Couture, Eduardo J., «Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano», en *Estudios de derecho procesal civil*, t. I, Bs. As., 1943, p. 323
(18) Clariá Olmedo, Jorge, ob. cit., p. 80

tienen acceso a ellos todos los que se encuentren en las mismas condiciones» [19]. Es claro, entonces, que el concepto de igualdad trasladado al ámbito del proceso, impone que tanto al actor, como al demandado o perseguido se les reconozca y permita las mismas posibilidades de actuación en lo relativo a las alegaciones, a la prueba y a las impugnaciones. Ello significa que debe atribuirse a cada una de las partes idénticas posibilidades de actuación en el proceso.

Se ha dicho que diversas instituciones procesales abrevan en esta garantía, tal sucede con el beneficio de litigar sin gastos, la provisión de asistencia técnica al carente de recursos, etcétera. De este modo se procura nivelar las diferencias económicas, sociales y culturales y coloca a quien carece de recursos en condiciones semejantes para litigar respecto del contrincante pudiente.

1.6 Acceso a la justicia [20]

Los autores advierten como una derivación lógica del principio de juez natural el del genérico derecho a la jurisdicción. Esta garantía, encierra en su contenido al denominado acceso a la justicia.

El derecho a la jurisdicción, presenta un doble enfoque; por un lado significa que el Estado debe brindar el servicio público de justicia a los particulares que lo requieran, para obtener la satisfacción de sus pretensiones. Por el otro, su vigencia importa que todo sujeto al que se le imponga una modificación de una situación jurídica existente o una atribución de responsabilidad tiene el derecho de acceder al proceso judicial. De aquí que la vigencia de esta garantía conlleva la necesidad de instrumentar mecanismos que procuren garantizar el acceso a la justicia. Es que la mera igualdad formal, sancionada constitucional y legalmente, no asegura a las partes el efectivo acceso a la justicia, como tampoco el de desplegar una razonable defensa.

(19) Alsina Hugo, *Tratado..*, ob. cit., t. I, p. 249

(20) En este punto se han seguido los lineamientos fijados por la Dra. Angelina Ferreyra de de la Rúa, en el 1er capítulo, «Acceso a la justicia», de su tesis doctoral «La simplificación procesal» publicada en *Lineamientos para un proceso civil moderno*, Ediar, Bs. As., 1997

La preocupación del constitucionalismo del siglo XIX fue la de limitar el poder del Estado para resguardar los derechos. Hoy se postula una dimensión social que se visualiza en distintas cláusulas constitucionales que conjugan al mismo tiempo los intereses individuales con los sociales. Ello se logra a partir de algunas garantías consagradas en la Constitución en forma explícita y de otras en modo implícito.

Así, por ejemplo, la reforma de la Constitución de Córdoba de 1987, ha incorporado en la Sección Cuarta, de modo explícito, garantías tales como la acción del amparo regulada en los arts. 48 y 52; el acceso a la justicia contemplado en el art. 49; el derecho a la protección de los intereses difusos o comunes, reconociendo legitimación a cualquier individuo para reclamar y obtener del Estado su protección, tal como lo prevé, el art. 53, etcétera. Estos mandatos, ponen de manifiesto una aproximación de nuestra Constitución a una concepción solidaria de la vida que se proyecta también en la faz jurisdiccional y el proceso toma así una dimensión social.

Por otro lado, se han instalado nuevas formas de organización de la justicia estableciendo, por ejemplo, una estructura diferente y clarificada para la organización y funcionamiento del ministerio público y las bases para la creación y reglamentación de la justicia vecinal o de las pequeñas causas (art. 162 Const.Pcial.).

Por su parte, esta visión solidarista también se advierte en la Constitución Nacional de 1994 que regula en forma explícita la potestad del justiciable de interponer acción expedita y rápida de amparo siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo. Es explícita, al establecer que procede contra cualquier forma de discriminación en la protección de los derechos ambientales, de la competencia del usuario, del consumidor, etcétera (art. 43). En este mismo orden de ideas, el art. 42 consagra garantías para los usuarios y consumidores de bienes de servicio estableciendo, asimismo, la obligación de las autoridades de proveer a su protección y a la educación de los habitantes para el consumo, provee a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, control de los monopolios naturales y legales, a la calidad y eficiencia de los servicios públicos. Es decir, la reforma eleva como garantía constitucional a los derechos de los consumidores y usuarios que, anteriormente, encontraban tan sólo protección por vía legal y, en algunos casos, jurisprudencial [21].

(21) La ley 21 240, reglamentó los derechos de los consumidores

El derecho de jurisdicción es una garantía genérica y para que se cumpla con ella, es que el legislador aporta los instrumentos normativos para asegurar el acceso a la justicia. De este modo, el acceso no se presenta en forma libre, ni discrecional, sino reglado por la ley, para que todo sujeto que tenga dificultades o conflictos no se vea impedido de comparecer a los tribunales y pueda contar con un medio preestablecido para acceder a la jurisdicción y postular una pretensión o sencillamente defenderse.

Por ello, se ha dicho que *«las partes tienen que tener el poder de defenderse por medio de la elección de su profesional y sin estar constreñidos por el costo del servicio ni ver malogrado el éxito de una petición en sí justa por avatares de insuficiencia económica. En ello consiste el derecho a la Justicia»* [22].

El efectivo acceso a la justicia ha constituido una preocupación constante en los autores y así es como ha tenido presencia recurrente en los eventos científicos del derecho procesal [23]. El movimiento del acceso a la justicia tuvo su origen en la ciudad de Florencia, en la década del 70, con el proyecto de investigación de destacados juristas de varias partes del mundo, que se reflejó en seis volúmenes conocidos como el informe «Cappelletti-Garth», que contó con el auspicio de la Fundación Ford.

El acceso a la justicia implica que el individuo pueda requerir la realización del derecho y la solución de sus conflictos a través de una administración específica. Sin embargo, el acceso a veces se ve impedido por la existencia de obstáculos que no pueden sintetizarse en una sola formulación. Las dificultades pueden ser resumidas en los siguientes ítems [24]:

a) desigualdad que redunda en ventaja para una de las partes y desventaja para la otra;

---

(22) Morello, Augusto Mario, «En la búsqueda de un nuevo modelo», en *La justicia entre dos épocas*, Lep, La Plata, 1983, p. 9

(23) Así «El acceso a la justicia» ocupó el temario del VI Congreso Internacional de Derecho Procesal realizado en Gante, Bélgica en 1977, denominado «Por un rostro de la justicia más humano»; también fue tratado en el VII Congreso Internacional de Derecho Procesal de Wurzburg, Alemania Federal en 1983, que se llamó «Eficacia de la protección jurídica y ordenamiento constitucional» (cit., en Morello, Augusto Mario, en «Eficacia y controles en el funcionamiento del servicio de la Justicia», *La justicia entre dos épocas*, Platense S R.L., La Plata, 1983, p. 88)

(24) En este punto se ha seguido el trabajo de Cappelletti-Garth, *El acceso a la justicia*, trad. de Samuel Amaral, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, 1983 y el trabajo de Roberto A. Berizonce, *Efectivo acceso a la Justicia*, Platense, Bs. As., 1987

b) prolongada duración de los juicios en el tiempo;

c) alto costo de los procedimientos;

d) ausencia de una infraestructura adecuada para el funcionamiento de la administración de justicia.

a) *Desigualdad que redunda en ventaja para una de las partes y desventaja para la otra*. El art. 16 C.N., que consagra la igualdad de las partes, se ha transformado en una cláusula con vigencia meramente formal y no efectiva, frente a las falencias que, en algunos aspectos, revela el sistema judicial [25]. Ello hace que la protección constitucional se convierta en tutela meramente teórica.

La falta de equilibrio se advierte en numerosas manifestaciones de la realidad. En primer lugar, la desigualdad se refleja tanto en el alto costo, como en la duración de los procedimientos, lo cual se intensifica por un factor cultural, cual es el de la situación sociocultural de las personas involucradas. Las deficiencias en la instrucción operan en forma de barreras culturales derivadas del desconocimiento que tiene el hombre común del derecho y de los mecanismos judiciales. Así la desprotección en la defensa de los derechos es normalmente producto de la ignorancia sobre facultades legales. Esta realidad resulta generadora de desconfianza en el sistema de justicia, motivada, frecuentemente, por el exagerado formalismo de los procedimientos, cuya verdadera significación no se evalúa. Los sujetos se sienten extraños al sistema y ello produce incertidumbre, sobre todo a quienes pertenecen a clases culturales más desvalidas. Se crea una sensación generalizada de desamparo que alienta a las vías de hecho como una respuesta al conflicto [26].

---

(25) Sobre cuestionarios diversos se ha verificado en numerosas encuestas que en el acceso a la administración de justicia no es igualitario para todos en la Argentina. Así el 88 % de los consultados piensan que la justicia argentina favorece a los ricos y poderosos; y el 84 % que la justicia argentina ampara poco o nada los derechos del ciudadano común o de bajos recursos (Confr. «Estudio de opinión acerca de la administración de justicia» realizado en julio de 1994, por el Centro de Estudios Judiciales de la República Argentina, CE JU RA, quien través del Instituto Gallup de la Argentina, llevó a cabo una encuesta, p. 98).

(26) Berizonce, Roberto, «Algunos obstáculos al acceso a la justicia», Ponencia presentada en el VII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal realizado en Córdoba, junio de 1992, Advocatus, Cba., Argentina, p. 149

b) *Prolongada duración de los juicios.* El desarrollo de un pleito insume naturalmente un tiempo, que cuando excede los límites razonables, se convierte en un serio obstáculo para el acceso a la justicia, que se plasma, en definitiva, en una sentencia tardía. Ello se confirma en el viejo aforismo que dice «cuando la justicia llega tarde deja de ser justa». Por ello, los juicios deben ser resueltos en tiempo oportuno, esto es, tempestivamente [27]. Cuando el justiciable inicia un juicio tendrá que esperar un tiempo prolongado hasta arribar a la solución. Es común, que al cabo de dos, tres o más años de litigar se dicte recién sentencia, sin contar el tiempo que pueda llevar el tránsito por las instancias recursivas. La duración del proceso varía según sea la índole sustancial del asunto que se discute. También incide en el tiempo el congestionamiento que presente el fuero donde deba tramitarse el asunto y la demora del tribunal. La espera es desalentadora para el litigante y podrán influir en su entusiasmo los fenómenos económicos imperantes en cada lugar (inflación-deflación). También puede evaluarse este factor desde el punto de vista del tiempo previo que le lleva al justiciable el poder presentarse ante la jurisdicción para efectuar su reclamo; por otra parte, cierto tipo de acciones tienen un restringido ámbito temporal para su ejercicio. En estos casos, la dificultad de munirse oportunamente de los elementos necesarios para su presentación trae aparejada la pérdida de los derechos.

La excesiva alongación de los trámites judiciales, no es igualitaria en todo el procedimiento, sino que se agudiza en algunas de sus etapas, como las de recepción y diligenciamiento de pruebas, en las instancias impugnativas, etcétera. A ello, se suma otra circunstancia, cual es la de morosidad, acentuada o atenuada, según el sistema procesal que se haya elegido.

Otro factor, se manifiesta en el agrandamiento de la masa litigiosa. Existe experiencia cotidiana avalada por estadísticas, que revelan el aumento de litigiosidad en todos los fueros. Es que el crecimiento y

(27) Arbonés, Mariano, señala como una condición que debe cumplirse en el marco de un proceso justo el de la tempestividad del proceso entendida como el *«tiempo propio, oportuno, o sea por la tramitación en el tiempo adecuado a su objeto y en función de su mayor o menor complejidad»* (ponencia titulada «Proceso justo» Libro de ponencias del XVIII Congreso Nacional del Derecho Procesal de Santa Fe, junio de 1995, p. 28)

avance de la sociedad moderna y las situaciones de crisis económicas y sociales que en estos últimos tiempos se ha profundizado, suscita que aparezcan mayor cantidad y diversidad de conflictos. Morello, expresa que el servicio de justicia se encuentra «sitiado», es decir agobiado, por una presión producida por la multiplicación de conflictos, muchos de los cuales, en rigor, no revisten el carácter de verdaderas controversias [28].

c) *Alto costo de los juicios.* El inicio y desarrollo de un pleito tiene un alto costo de tramitación que comprende varios rubros. Ellos están integrados por gastos que deben afrontarse en el proceso, a los que cabe agregar los honorarios de los letrados. En rigor, ello no constituye un problema, pero se transforma en un impedimento cuando el costo supera los límites razonables en orden al valor del asunto que se ventila o a la necesidad de la parte. Esta cuestión, que tiene alcance mundial, adquiere ribetes propios y más perfilados en la Argentina [29].

El Estado Nacional y provincial, por distintas leyes, y el sistema previsional gravan las actuaciones judiciales con tasas, y aportes que debe oblar todo litigante para iniciar un juicio. A ello, se suman otras erogaciones de trámite, que deben efectivizarse para poner en marcha el juicio y durante su desarrollo (por ejemplo, confección de actas notariales, envío de telegramas y cartas documentos, despacho de cédulas, diligenciamientos de oficios, gastos periciales, de edictos, de comisiones, aforos de documentos, etcétera). Litigar supone, entonces, en la mayoría de los casos, solvencia económica.

Otro aspecto a tener en cuenta es que ciertas cuestiones de poca cuantía insumen un tiempo considerable, por lo que la atención de estas causas redunda en alto costo tanto para los litigantes, como para el Estado que debe mantener la misma organización judicial que si la causa fuera de mayor complejidad y valor económico. En los asuntos de

(28) Morello, Augusto Mario, *La reforma de la justicia*, Platense, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1991, ps. 9/10.

(29) Díaz, Clemente, *Instituciones de derecho procesal*, t. I A, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972, [illegible] 243 a 246. El alto costo de la justicia argentina ha sido comprobado por numerosas encue[illegible] Entre ellas, el trabajo efectuado por FIEL para la Décima Convención de la Asociac[illegible] Bancos Argentinos (ADEBA) en el cual se efectúa un análisis comparativo al costo [illegible] justicia en nuestro país y en el mundo. En la investigación se llega a la conclusión de [illegible] sistema argentino es uno de los mas caros y no llega al nivel de eficiencia que de ellos [illegible] (encuesta publicada en el diario Ambito Financiero del 26 de agosto de 1994).

poco monto o de monto indeterminado, por regla, su importancia económica es superada por los gastos y honorarios que su reclamo judicial generan, lo cual hace que las cuestiones menores no sean demandadas por resultar antieconómico.

En esta orientación y a fin de paliar, las dificultades apuntadas, la ley adjetiva, prevé para el proceso civil, el denominado beneficio de litigar sin gastos contemplado en el art. 101 C.P.C., el que también resulta de aplicación supletoria para el proceso de familia establecido por la ley 7676, para la ciudad de Córdoba, capital. En otros procedimientos, como el laboral, atento la naturaleza de las cuestiones sustanciales, se atempera su costo, difiriéndose su abono para la etapa de ejecución de sentencia.

Con sentido similar se ha reglamentado el servicio de asistencia jurídica gratuita a cargo de los asesores letrados civiles, de Familia, del Trabajo, quienes deben brindarlo a los beneficiarios del sistema, ya sea personas físicas o jurídicas sin fines de lucro pero carentes de recursos en las condiciones que establece la ley provincial 7982 [30].

1.7. Duración razonable del proceso

Cabe mencionar, que los autores citan como un fenómeno moderno y distorsionador de la realidad, el abuso del proceso motivado,

---

(30) La ley 7982 dispone: «**Art. 1º.-** *Gratuidad.* En la provincia de Córdoba se brindará asistencia jurídica gratuita a toda persona que carezca de recursos económicos suficientes para obtener asistencia letrada privada, en las condiciones establecidas en la presente ley». A su vez, estatuye en el «**Art. 2º.-** *Organización.* La asistencia jurídica será prestada por el Poder Judicial, a través de la Mesa de Atención Permanente y del Cuerpo de Asesores Letrados, y por el Colegio de Abogados de cada circunscripción con arreglo a lo dispuesto en el Título IV». Cabe señalar, que la Mesa de Atención Permanente tiene como función la de brindar información y orientación al público respecto de trámites a realizar ante órganos judiciales, siendo reglamentada por el Tribunal Superior de Justicia, su organización y funcionamiento. Por su parte, el **art. 27** establece quiénes son los beneficiarios del sistema como, las personas físicas y jurídicas sin fines de lucro, cuyos ingresos, cualquiera sea su origen, no excedieren de veinte «jus» al tiempo del requerimiento de asistencia Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia podrá por resolución fundada, modificar el límite establecido en el presente artículo, cuando las circunstancias económico-sociales tornaren notoriamente inadecuado el tope legal. Cuando los derechos controvertidos afectaren los intereses de un grupo de personas, para la concesión del beneficio se considerará la totalidad de los ingresos del grupo.

fundamentalmente, por excesivos incidentes, recursos y otras actitudes dilatorias provocadas en el trámite por los litigantes y toleradas por los jueces [31].

Existe un esfuerzo por parte de los procesalistas para dar solución en todos los fueros al problema de la excesiva duración de las causas. En nuestra provincia de Córdoba, se ha modificado la estructura del procedimiento penal, no sin resistencia de los operadores, pero que ha logrado un buen resultado en lo que a plazos o tiempos de duración de los procedimientos se refieren [32].

En materia procesal civil, por el contrario, se continúa operando con un código excesivamente dispositivo, escrito y con una estructura formal que propicia las incidencias. Lamentablemente, en él no se han incluido ni siquiera algunos de los modernos institutos que hacen a nuevas formas procesales y a la inclusión de la oralidad cuya institución preponderante es la audiencia preliminar. Cabe señalar, sin embargo, que en el Código Procesal de la Nación sí se ha incluido este instituto en el art. 360, así como se ha impuesto el trámite previo obligatorio de la mediación lo cual ha incidido favorablemente en el trámite procesal.

Por otra parte, puede señalarse que el fuero de familia y el laboral, presentan leyes organizativas que responden a pautas modernas y sus resultados demostrados estadísticamente reflejan que en la tramitación de los pleitos se observa mayor eficiencia y se cumplen razonablemente con los plazos procesales.

2. Norma procesal

Previo a definir la norma procesal debemos conceptualizar a la norma jurídica general y una vez efectuado esto, podremos precisar cuáles son y en su caso delimitar sus diferencias

Las normas, en general, imponen pautas de conductas en forma de hipótesis generales y abstractas que deben cumplir los particulares y a las

---

(31) Ferreyra de de la Rúa, Angelina, en *Lineamientos para un proceso civil moderno*, [illegible], 1997, p. 23

(32) Ley provincial 8123 y sus modificatorias

que deben adecuar su actuar en la vida cotidiana. También establecen sanciones para el caso de su incumplimiento.

Las normas jurídicas presentan diferentes categorías mencionando en una primera gran distinción, las denominadas normas procesales y sustanciales. Las sustanciales son aquellas normas contenidas en los códigos de fondo (Civil, Penal, Comercial, etcétera), que establecen reglas de conducta y tienden habitualmente a la recomposición del orden jurídico ya sea ordenando la reparación o estableciendo conminaciones de responsabilidad y de punibilidad. En tanto, que las procesales son aquellas que señalan los caminos para la realización jurisdiccional indirecta del orden jurídico perjudicado.

El criterio de ubicación de las normas en los códigos resulta inidóneo para calificar su carácter. Ello es así ya que, encontramos normas procesales en los códigos de fondo y normas con eficacia sustancial en los códigos procesales. Por eso existen zonas grises que están compuestas por reglas, normas o artículos que actúan en forma bifuncional. Por este motivo, en la doctrina, se realizan esfuerzos para encontrar un criterio que resulte adecuado.

Los criterios propuestos para identificar la norma procesal, apuntan en diferentes direcciones; así se ha intentado determinarla teniendo en cuenta a quien está dirigida, esto es, a su destinatario. Desde otro enfoque se atiende a su finalidad, esto es, al objetivo que persigue la norma procesal tratando de diferenciar la finalidad y objetivo de la norma jurídico material [33].

Por último, el criterio más relevante es el que atiende a su contenido, es decir, la materia que regula.

Cabe destacar, que la importancia de este punto, está en determinar cuándo una regla es procesal o no,y radica en que según sea su naturaleza serán también diferentes los principios que han de util[illegible] para su aplicación

En el marco de la teoría general del derecho se denomina ley [illegible] *regla social obligatoria establecida por la autoridad pública. Esta defin[illegible] carácter amplio- alude a las leyes en sentido material o sustancial,* [illegible]

(33) Díaz, Clemente, *Instituciones de derecho procesal*, Parte General, t. 1, «Introducción», Abeledo-Perrot, Bs. As., 1968, p. 57.

representadas por todas aquellas disposiciones de autoridad que contengan normas de cumplimiento general aunque no sean emanadas del Congreso: decretos del Poder Ejecutivo, resoluciones ministeriales, ordenanzas municipales, reglamentos de policía, etcétera. Lo que interesa en estos ordenamientos es su contenido normativo; así son leyes por la materia que contienen, aunque no lo sean por su forma y aunque no sean sancionadas por el Congreso. Es que en un sentido lato, la palabra ley no sólo abarca aquellas que han sido sancionadas por el Poder Legislativo siguiendo el procedimiento establecido constitucionalmente para su formación, sino por el contrario, tiene un alcance de mayor amplitud» [34]

Por su parte, la norma procesal es concebida como *«aquella que conceptualiza: 1) la clase de órganos habilitados para intervenir en los procesos, la competencia de los mismos y las facultades, deberes, potestades y cargas de las personas físicas que la integran; 2) la que determina la actuación de los órganos jurisdiccionales, de las partes, de sus auxiliares y de los terceros durante el desarrollo del proceso; por otra parte, se ocupa también de los requisitos y efectos de los actos procesales, así como del orden en que éstos deben ser cumplidos; 3) establece la conducta que debe observar el órgano judicial en oportunidad de dictar la sentencia definitiva para determinar el modo o modos de ser correspondientes a la relación o situación jurídica en que se funda la pretensión o petición que dio motivo al proceso»* [35].

Como se ve, se trata de un concepto de naturaleza descriptiva ya que apunta a señalar los diferentes aspectos que regulan las normas procesales. Cabe señalar, entonces, que para este autor, las normas procesales se diferencian de las de derecho sustancial «por su contenido» el que a su vez está dado por la peculiar interferencia de conductas que la conceptualizan [36].

En el campo del derecho procesal se han realizado esfuerzos tendientes a lograr mayores precisiones en este aspecto. En un enfoque clásico, Carnelutti primero y Clariá después, distinguen dentro de las normas

(34) *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado*, dirigido por Augusto C. Belluscio y coordinado por Eduardo Zanoni, t. I, Astrea, Bs. As., 1988, p. 7

(35) Palacio, Lino, ob. cit., t. I, p. 36

(36) Palacio, Lino, ob. cit., t. I, p. 37

generales, las materiales e instrumentales respecto de las constitutivas y realizadoras. Para Carnelutti, las materiales son aquellas que dan la solución a un conflicto sustancial de intereses. En tanto que las instrumentales, son aquellas que regulan los trámites o los actos que se dirigen a la solución del conflicto. Entonces, para este autor, la norma jurídica procesal no compone directamente el conflicto de intereses pero sí establece los requisitos y condiciones para llegar a la composición de ese conflicto de intereses. En tal sentido, las normas procesales son instrumentos para la solución de conflictos.

Por su parte, Clariá Olmedo, con similar orientación, distingue las normas en constitutivas y de realización del orden jurídico. Las primeras, son aquellas que integran el ordenamiento jurídico en su quietud, determinando conductas prohibidas, permitidas o toleradas. En tanto, que las de realización, llamadas también por este autor, «integradoras», son las destinadas a la recomposición coactiva y judicial del orden jurídico cuando ha sido alterado [37].

Sin embargo, cabe señalar, que Carnelutti acepta expresamente que existen normas materiales con eficacia procesal y viceversa. En tanto, Clariá señala que todas las normas constitutivas son sustantivas, pero advierte que algunas de ellas pueden además ser realizadoras. Esto significa que para este último autor las normas de realización del derecho pueden estar contenidas tanto en los códigos de forma como en los de fondo; en cambio, las normas constitutivas se encuentran exclusivamente en los cuerpos sustantivos.

Otra distinción de trascendencia es la que realiza Goldschmidt, diciendo gráficamente que las normas materiales determinan el «qué» de la decisión judicial, en tanto que las procesales determinan el «cómo» se ha de proceder para llegar a ella [38].

En el mismo orden de ideas, también se ha señalado que se advierten diferencias en orden a la construcción entre las normas procesales y las sustanciales. En efecto, las sustanciales contienen mandatos y prohibiciones que delimitan y determinan el ámbito de libertad jurídica de los hombres. En tanto, que las procesales no contienen mandatos ni

(37) Clariá Olmedo, Jorge, ob. cit., p. 94
(38) Goldschmidt, ob. cit., p.

prohibiciones, sino que, por el contrario, establecen la forma en que ciertos actos humanos lícitos deben realizarse para tener validez en el campo procesal [39]. Establecen el «cómo», esto es, la manera en que se debe proceder en el ámbito judicial.

Advertida la dificultad que presenta el tratamiento del tema, estimamos conveniente señalar las pautas que permiten un correcto deslinde entre las que consideramos normas procesales y sustanciales. En tal sentido, debe atenderse estrictamente a la función que cumple la norma, esto es, a su finalidad u objetivo. Las procesales sirven para la realización del derecho sustancial. En tal sentido, optamos en este nada sencillo tema, por el criterio teleológico, es decir, que se tiene en cuenta la finalidad que ellas persiguen. De esta manera, puede afirmarse que son o constituyen normas procesales todas las que influyen directa o indirectamente en el trámite procesal.

En esta inteligencia se pueden diferenciar de entre las normas procesales, las meramente organizativas, de las normas de actividad procesal o estrictamente procedimentales. Constituyen ejemplos de las primeras, la constituciones (nacionales y provinciales) y las leyes orgánicas y de las últimas, las normas de trámite que regulan el inicio, desarrollo o finalización de los procedimientos judiciales y que, normalmente, se encuentran contenidas en los códigos adjetivos. Cabe advertir, sin embargo, que en algunos casos ellas pueden también estar incluidas en los códigos sustanciales. Piénsese, por ejemplo, en la norma del art. 236 C.C., que regula todo el trámite de la separación personal o del divorcio vincular por presentación conjunta.

En consecuencia, pueden señalarse tres grandes grupos de normas que se caracterizan como estrictamente procesales. En primer lugar, las reglas que se refieren a la organización y competencia de los tribunales. En segundo término, las que establecen los poderes y deberes de los sujetos procesales y, por último, las que determinan las circunstancias de lugar, tiempo y modo del proceder judicial.

La primera categoría está integrada por reglas contenidas en la Constitución Nacional, en los códigos formales y en las leyes orgánicas, que no se limitan a dar pautas de organización sino que, además, en

(39) Maier, Julio B.J., ob. cit., p. 168.

muchos casos, establecen reglas de atribución de competencia. También podemos incluir en este rubro algunos acuerdos reglamentarios del Tribunal Superior de Justicia, que fijan reglas para el funcionamiento de los tribunales.

La segunda categoría de normas, está representada por reglas de carácter subjetivo generalmente incluidas en los códigos procesales que establecen derechos, obligaciones, poderes y cargas. Estas normas son, en algunos casos, atributivas de competencias, de poderes-deberes para los tribunales, para los integrantes de los ministerios públicos y también conceden deberes, facultades y cargas a las partes y demás participantes. Por último, tenemos las normas que determinan las circunstancias de lugar, tiempo y modo de realización de los actos procesales. En este sentido, los ordenamientos formales contienen reglas expresas que establecen el lugar donde deben realizarse la actividad procesal, su modo de desenvolverse, si ella está sujeta a plazos ordenatorios, perentorios o fatales y, en su caso, si sus formalidades están dispuestas de un modo imperativo u optativo para las partes y tribunal.

Es importante analizar que aunque el derecho procesal es de carácter público, encontramos dentro de su contenido normas vinculadas al interés publico y normas de mero interés privado. La diferencia entre unas y otras, es que las primeras son vinculantes y actúan en forma imperativa, es decir, operan aun contra la voluntad de los sujetos, quienes deben someterse a sus preceptos si pretenden que un acto procesal sea valido [40]. Piénsese, por ejemplo, las normas que regulan las formalidades y estructura de la sentencia. En tanto, que hay ciertas reglas que el legislador establece en beneficio exclusivo de las partes en un proceso y que por regla general se refieren a casos que sólo afectan el interés privado; estas normas resultan, en consecuencia, derogables o disponibles por la voluntad de las partes. Así, por ejemplo, un plazo ordenatorio, establecido para el cumplimiento de una actividad procesal puede ser ampliado o reducido por acuerdo de partes.

La importancia asignada a la determinación de la naturaleza de una norma sea para el juez, sea para el abogado que litiga, está dada en que a la hora de aplicarla o interpretarla serán diferentes las reglas que deba utilizar y los efectos que produzcan sea que se trate de una regla de

(40) Alsina, Hugo, *Derecho procesal*, t. I, Ediar, Bs. As., 1963, p. 56.

derecho procesal o de derecho sustancial o cuando sean de materia disponible o de orden público.

2.1. Caracteres de la norma procesal

La norma procesal presenta caracteres similares a los de las otras normas. Así, puede señalarse, que es de carácter general, abstracta, vinculatoria, autárquica y coactiva.

La norma es general y abstracta porque se dirige a todos los ciudadanos y regula situaciones generales y no un caso particular. En esto se diferencia de la resolución judicial que se refiere a casos concretos. Por eso, algún autor ha expresado que la sentencia implica la creación de una norma individual.

Se dice que es vinculante porque su vigencia es imperativa para los sujetos procesales. Por último, es autárquica y coactiva porque su aceptación y cumplimiento refleja la voluntad general no dependiendo, por ende, de la anuencia de las partes.

2.2. Fuentes de la norma procesal

La palabra fuente en materia procesal acusa diferentes significados. Así podemos distinguir fuentes de manifestación del derecho procesal que reflejan el lugar en que se encuentra y que se clasifican en directas e indirectas. Por otro lado, tenemos las fuentes de producción o históricas que resultan valiosas más para el investigador que para el abogado o juez y que casi no tienen incidencia en la vida practica de los tribunales.

Las fuentes de manifestación pueden distinguirse en inmediatas o mediatas, según tengan o no valor vinculante para los sujetos procesales. Son fuentes inmediatas y de carácter obligatorio y vinculante: la Constitución Nacional, la Constitución Provincial, los tratados internacionales, los tratados interprovinciales, las leyes en general (nacionales y provinciales), los reglamentos del Poder Ejecutivo y las acordadas del Tribunal Superior de Justicia

Son fuentes indirectas, es decir, mediatas, esto es, que aunque eficaces sólo sirven para la aplicación e interpretación del derecho y su uso no es obligatorio, la jurisprudencia, la doctrina, la costumbre, la exposición de motivos o fundamentos de las leyes y las notas al pie de página efectuadas

por los autores. Se caracterizan por su efecto no vinculante pero resultan de utilización necesaria para la vida práctica del derecho.

2.2.1. Fuentes directas e indirectas

La Constitución Nacional es fuente directa del derecho procesal. En efecto, en ella pueden advertirse dos partes, la primera asignada a las declaraciones derechos y garantías y la segunda, que se refiere a la parte orgánica de estructuración de los poderes del Estado: En ambos sectores encontramos normas trascendentes para el derecho procesal. Así, las declaraciones, derechos y garantías contienen normas referidas a las bases constitucionales del proceso. En tanto, que en la segunda parte, que se refiere al régimen institucional del país y a la organización de los poderes, se manifiesta como una importante fuente de la materia sobre todo en lo relativo a la estructura del Poder Judicial. A esto último debe añadirse la ampliación del alcance del art. 31 C.N., que establece que no solamente son ley suprema las disposiciones de la propia Constitución y las leyes del Congreso, sino también los tratados realizados con potencias extranjeras. Por tal motivo, son fuente directa del derecho procesal los tratados supranacionales incorporados como ley positiva argentina en virtud de la reforma constitucional realizada en 1994. En tal sentido, pueden mencionarse como trascendentes las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, las del Tratado de los Derechos del Niño, las de los tratados de Montevideo, las de los protocolos del Mercosur, etcétera.

También en las constituciones provinciales encontramos declaraciones, derechos y garantías referidos al proceso y normas orgánicas de los diferentes poderes que la integran. La Constitución Provincial, entonces, es fuente importante del derecho procesal, desde que por imperio del art. 5º C.N., cada provincia dicta para sí su Constitución, organiza su Poder Judicial, y sanciona los códigos procesales y leyes orgánicas de los tribunales (art. 75 inc. 12 C.N.).

Son fuentes del derecho procesal los ordenamientos legislativos en sentido amplio. Así constituye fuente directa toda ley con eficacia formal, en tanto esté sancionada, promulgada y publicada. Integra este rubro tanto las leyes nacionales como las provinciales. Las leyes formales contenidas en los códigos procesales, son dictadas en el ejercicio de facultades reservadas por las provincias, sin embargo, como se ha dicho, los códigos de fondo también contienen reglas procesales. Ello sucede

cuando la materia procesal está inescindiblemente unida a la sustancial, por lo que para preservar la vigencia de las instituciones sustanciales el legislador de fondo debe indicar los caminos procesales. Por ejemplo, las reglas contenidas en el Código Civil referidas a la prueba de los contratos, a la eficacia probatoria de los instrumentos públicos, al modo en que debe acreditarse el nacimiento y defunción de las personas, las que establecen el trámite del juicio de divorcio, el trámite del proceso concursal y de quiebras y prenda, etcétera.

Asimismo, se emplaza como fuentes del derecho procesal a los tratados interprovinciales celebrados en virtud de la autorización del art. 125 C.N.. Ellos son productos, por regla general, de las llamadas leyes convenio que tienen origen en acuerdos celebrados entre dos o más provincias, con destino al logro de una mejor administración de justicia o para resolver cuestiones atinentes a ella. Así, por ejemplo, pueden mencionarse los tratados interprovinciales recogidos en la leyes 22.172 y 17.009 que regulan para todo el país lo referente al trámite de la comunicación procesal entre provincias a través de oficios u exhortos.

Por último, debemos hacer referencia a los reglamentos que dicta el Poder Ejecutivo, con el fin de hacer operativa una ley y a las acordadas de los Tribunales Superiores de Justicia. Los primeros, sirven para explicitar una ley o para permitir su buen funcionamiento, en tanto que las segundas, son resoluciones que contienen normas prácticas para la mejor organización y funcionamiento de los tribunales y que son dictadas por el máximo tribunal local. Así, por ejemplo, las acordadas del Tribunal Superior que regulan los turnos judiciales, que reglamenta la mesa general de entradas, que crean el Registro de Juicios Universales, de Adopción, etcétera.

Son fuentes indirectas, por su parte, los trabajos de la doctrina, la jurisprudencia, la exposición de motivos de las leyes y las citas de los autores. Estas, si bien no son vinculantes, es decir, no son de aplicación obligatoria significan un importante dato para la interpretación y aplicación de las leyes.

La doctrina, en tal sentido, es trascendente en la labor de los tribunales y de los operadores jurídicos en general. Su consulta es permanente tanto en lo estrictamente procesal como en lo referente al derecho sustancial La principal función de la doctrina es la sistematización, de los conocimientos teóricos y actúa como nexo entre la regla general y abstracta y el caso concreto. Inclusive, la doctrina, realiza otra importante labor preparando proyectos de leyes procesales y aun de códigos. Tal sucede

con los códigos modelos, como los que generaron a partir del Instituto Iberoamericano que han sido referido *supra* [41].

La jurisprudencia representada por la doctrina sentada en el conjunto de decisiones judiciales dictadas por los tribunales tanto en el ámbito nacional y provincial, esto es, las resoluciones dadas por los tribunales aplicando la ley a los casos concretos constituyen fuente del derecho procesal. Es frecuente que con un sentido más preciso se hable de jurisprudencia cuando se trate de decisiones reiteradas y concordantes de los tribunales frente a una misma hipótesis. El conjunto de estas decisiones nominadas como doctrina judicial de los tribunales, implican un importante elemento para el juez en la resolución de los casos

La costumbre -entendida como toda nórma general creada espontáneamente a través de la repetición de determinadas conductas y a cuyo respecto media el convencimiento comunitario de un sector social- se exterioriza en el proceso civil como fuente. Se trata de prácticas judiciales desarrolladas en ausencia de específicas reglamentaciones sobre aspectos secundarios del trámite procesal [42].

Las fuentes de producción llamadas también «históricas» se refieren, como su nombre lo indica, a los antecedentes históricos de las normas. En general, están representadas por las apreciaciones que formulan los órganos políticos de una estructura social en oportunidad de dictar una norma. Son esencialmente valorativas y tienen más importancia en lo doctrinario que en lo que se refiere estrictamente a su aplicación. En tal sentido, su estudio permite identificar momentos en la vida de los pueblos y su idiosincrasia, pues reflejan la concepción jurídico política que han tenido a lo largo de la historia. Son los antecedentes históricos de las normas a los cuales no nos vamos a dedicar en esta oportunidad pero que han sido desarrollados cuando se trató el tema Evolución del derecho procesal.

2.3. Interpretación e integración de la ley

La tarea de la interpretación de la ley, es sin duda, una de las más arduas y difíciles; por ello, la teoría general del derecho ha efectuado

(41) Vescovi, ob. cit., p. 17.
(42) Palacio, Lino, *Manual*..., p. 48.

formulaciones a fin de lograr reglas aceptables y que resulten válidas al efecto. Genéricamente, interpretar es aclarar dudas acerca de la voluntad manifestada en las normas, desentrañándolas del texto legal conforme a un proceso lógico de significación jurídica [43].

La interpretación puede realizarse dentro del contexto de la misma ley, como parte de la ley dentro de un todo o bien en relación con otros cuerpos legales de mayor o menor jerarquía. El camino a elegir para la interpretación de la ley importa un acto de conocimiento que influirá en forma definitiva sobre su eficacia. Así, la interpretación de una ley puede hacerse atendiendo a lo estrictamente lingüístico o atendiendo a otros criterios, utilizando la interpretación sistemática que se da cuando la norma interpretada y la interpretadora proceden del mismo sujeto. La interpretación también puede ser usual y consiste en un modo reiterado de entender la norma en un mismo sentido efectuado por aquellos a quienes va destinada. Cabe citar, en este aspecto, a la jurisprudencia, a los usos y prácticas del foro. También puede señalarse la interpretación doctrinal que es realizada por terceros a través de obras científicas [44].

Estimamos, de mayor validez, como el criterio que atiende a la importancia o incidencia de la norma dentro de un cuerpo legislativo o del aspecto al que va a legislar.

Cabe señalar, por último, que la actividad del intérprete no es libre, por cuanto no puede elegir a su arbitrio el método para justificar una determinada posición. En este orden de ideas, la interpretación estricta de los vocablos tiene esencial importancia desde el punto de vista semántico y no debe limitarse a lo estrictamente gramatical sino que debe emplearse en la forma que la técnica lo señala. En este sentido, el juez deberá realizar su análisis teniendo en cuenta la connotación jurídica que el vocablo a interpretar tenga y cómo se traslada ello en la decisión definitiva

En materia procesal civil la regla es clara y cabe que los jueces efectúen interpretaciones cuando la ley así lo requiere. Ello encuentra fundamento en el art. 15 C.C., que establece que los jueces no pueden dejar de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley. En materia penal, rige el

(43) Frosini, Vittorio, *Teoría de la interpretación jurídica*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1991, p. 8.
(44) Guasp, Jaime, ob. cit., p. 63

principio de *nullus crimen nulla poena sine lege previa*, es decir, no existe delito sin que se haya dictado una ley que así lo establezca. En esta materia, los principios de interpretación son más estrictos y no cabe la integración del sistema normativo penal sustancial.

La interpretación e integración de la ley son términos que están emparentados y regulados de manera análoga. La interpretación es realizada por el legislador, el juez o el abogado cuando la ley es oscura o contiene contradicciones. Es decir, se presenta como necesaria cuando la norma manifiesta alguna patología, tales como ambigüedad o deficiencia. Cuando contiene omisiones, es decir, cuando una situación no ha sido prevista o regulada expresamente por ella estamos frente a un caso de integración judicial. Es decir, cuando la ley ha silenciado u omitido una situación o como se dice comúnmente, contiene lagunas, en este caso procede la integración de ésta. Así se utiliza a los fines de la integración la «analogía» y la «diferencia». La primera, permite construir una norma que tenga consecuencias idénticas a la de otra u otras con fines semejantes, mediante la «diferencia», en este caso, la integración se efectúa constituyendo una norma que tenga consecuencias opuestas (contraria) a la de otra u otras con fines semejantes. Por último, se señala, que es fácilmente comprensible que el sistema de la analogía y de la diferencia arriba, generalmente, a resultados contradictorios en la integración jurídica. Ello es así pues partiendo de un mismo punto de origen se llegan a soluciones radicalmente dispares: la analogía, produce la repetición de la consecuencia de la norma semejante; la diferencia la eliminación de dicha consecuencia. Ni la analogía ni la diferencia expresan, por lo tanto, la finalidad particular de cada integración jurídica, sino el medio de conseguirla una vez que el método ha sido elegido [45].

En rigor, la interpretación e integración de la ley es un problema de la hermenéutica jurídica que debe ser resuelto conforme a las reglas de la teoría general del derecho y atendiendo a los fines y principios procesales. La desviación en la labor interpretativa del juez, esto es, en la tarea de interpretación o integración de la ley puede dar lugar, sin duda, a impugnaciones por fallas en las reglas de la congruencia o por arbitrariedad en las resoluciones.

(45) Guasp, ob. cit., p. 67.

Es común que en los cuerpos adjetivos se incluyan normas que sirven a la interpretación e integración, con sentido análogo. Tal sucede con la regla del art. 887 C.P.C., que prescribe que para el caso de silencio u oscuridad de la ley formal los tribunales arbitrarán la forma de tramitación que debe observarse, conforme con el espíritu de la ley y de las leyes análogas y de los principios generales que rigen en materia de procedimiento.

Es de destacar que las leyes procesales especiales que se refieren al procedimiento, de familia, administrativo, al laboral etcétera, contienen en sus disposiciones generales, reglas que ordenan la aplicación supletoria de un ordenamiento procesal madre. Así, establecen o refieren que en caso de silencio u oscuridad de dichos ordenamientos deba acudirse a las reglas contenidas en el Código Procesal Civil, Penal u otro, en su caso [46].

2.4. Aplicación de la ley procesal en el espacio y en el tiempo

El problema de la aplicación de la ley procesal en el espacio implica tener en cuenta que rige el principio de territorialidad que en su formulación latina significa la regla del *locus regit actum*, que sostiene que la ley del lugar rige la ejecución de la actividad procesal.

El problema de la aplicación de la ley en el espacio encuentra su justificación en las dimensiones geográficas del país. Como se sabe, éste ha sido dividido idealmente por el legislador en diferentes unidades jurisdiccionales que se delimitan según sean las reglas de la competencia. Como se ha dicho, las leyes procesales conforme el art. 5º C.N., son resorte exclusivo de las provincias aunque puede el legislador resolver ciertas situaciones cuando las circunstancias lo impongan. En principio, cabe aclarar que rige la regla de la territorialidad respecto de la eficacia de la ley procesal. Ello significa que su vigencia está limitada al territorio en el que han sido dictadas. Por eso, podemos decir que coexisten dentro de la Nación Argentina diferentes ordenamientos procesales en la materia civil, penal, laboral, según la cantidad de autonomías provinciales que haya autorizado la Constitución. Cabe señalar, sin embargo, que si bien

(46) Art. 183 de la ley 7676, art. 114 de la ley 7987.

los códigos procesales son resortes provinciales y que cada provincia puede dictar para sí su propio ordenamiento es común en el ámbito de nuestro país que un mismo código procesal sea tomado como modelo y rija en diferentes provincias. Tal sucede con el Código Procesal Civil de la Nación que ha sido adoptado, a veces íntegramente, a veces con leves diferencias en otros territorios provinciales.

En el desarrollo de este tema es importante tener en cuenta el régimen institucional fijado por la Constitución Nacional. En efecto, la norma fundamental establece como forma de gobierno la forma representativa, republicana y federal, y señala como facultades de las provincias la de dictar para ellas una constitución, asegurar su administración de justicia, su régimen municipal y de educación primaria.

Es relevante destacar, entonces, que en virtud de las disposiciones mencionadas coexisten dentro del territorio nacional dos sistemas judiciales procesales. Por un lado, la Justicia Federal Nacional, con asiento y vigencia en todo el país y distribuida en diferentes circunscripciones con competencias en cuestiones que les han sido asignadas por la Constitución teniendo en cuenta las cosas, la materia y el territorio.

Por otra parte, existen las justicias provinciales cuya organización y procedimiento depende de sus respectivas constituciones y de lo resuelto por los poderes políticos de cada una de ellas.

La norma procesal, es pues en principio, rigurosamente temporal. Esto no ofrece dificultades respecto de los procesos futuros que se someten sin más trámite íntegramente a la nueva ley, ni a los procesos terminados que valen, tales como lo ordenó la ley antigua, pero sí el problema se plantea respecto de los procesos pendientes de solución cuando se dicte una ley nueva.

La dimensión del tiempo o el tratamiento de la eficacia temporal de la ley procesal, encuentra su razón de ser, entonces, ante el dictado de sucesivas leyes procesales en diferentes tiempos pero coetáneos. Es importante, en este caso, por cierto, muy común en esta época determinar si la última ley dictada es derogatoria en forma total o parcial de la anterior o anteriores. En general, la solución que se ha brindado a este tema está dada por la regla de la aplicación inmediata de la nueva normativa que tiene vinculación con la regla que establece la irretroactividad de la ley procesal. Esto significa lisa y llanamente aplicar la regla del art. 2º C.C., que sienta el principio rector. «Que las leyes sólo son obligatorias después de los ocho días siguientes de su publicación oficial». Recuérdese, que el mismo texto legal deja a salvo la posibilidad de que el propio legislador

determine la fecha en que la ley comenzara a regir. En tal sentido, es común que en las leyes o los códigos procesales de reforma se establezcan «períodos de vacancia», esto es, espacios de tiempo de no vigencia de la nueva ley que encuentran fundamento en diferentes circunstancias. En algunos casos, se procura que ese período de vacancia provea el tiempo necesario para realizar ajustes estructurales y operativos cuando sean conveniente para la aplicación de la nueva ley. Pero, generalmente, tienen por objeto el cumplimiento de una función docente que consiste en dar oportunidad a los distintos operadores jurídicos de conocer el sentido, alcance y dinámica del nuevo ordenamiento.

Constituyen ejemplo de períodos de vacancia las disposiciones contenidas en nuestro Código Procesal Civil cordobés, que fue sancionado pero que al mismo tiempo se estableció que comenzaría a regir a partir del año de su publicación. También se estableció período de vacancia respecto de la reforma del Código Procesal de la Nación (la ley 25. 488) que fue sancionada el 22 de noviembre de 2001 pero que recién comenzó a regir a partir del mes de mayo de 2002.

Respecto de la vigencia de la ley procesal, la doctrina distingue tres situaciones diferentes que pueden presentarse en el trámite. En primer lugar, como se ha dicho, frente a un proceso concluido nada tiene que hacer la nueva ley procesal. En segundo lugar, frente a procedimientos en curso de realización hay que distinguir, y esto es, una forma de interpretación, las instancias o etapas procesales que han concluido bajo el imperio de la primera ley, de las que deban aún cumplirse que lo serán al abrigo de la nueva norma. Esta es una tarea de hermenéutica que deben realizar los jueces a la luz de principios relevantes o prevalentes, teniendo en cuenta, fundamentalmente, el de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Por último, la ley nueva rige en su plenitud para los procedimientos a iniciarse. Sin embargo, encontramos supuestos de ultraactividad de la ley derogada; tal sucede cuando existen actividades procesales que han comenzado a cumplirse y sobreviene el dictado de una nueva ley, que las regula de modo diferente. Ello hace que la norma pese a estar derogada se aplique en respecto de los derechos adquiridos y por efecto del principio de comienzo de ejecución; ambas reglas entroncan, fundamentalmente, en el principio de igualdad ante la ley y de la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio.

Por último, se señala que para resolver el caso de los procesos pendientes existen dos sistemas posibles: el de la regulación aislada, según el cual cada acto procesal se rige por la ley que está en vigor en el

momento de su realización, y el de la regulación conjunta, según el cual todo proceso unitariamente considerado, debe regirse por una sola ley. El primer sistema aplica al máximo el principio de temporalidad de la ley, pero origina consecuencias prácticas inadmisibles que no pueden obviarse fácilmente con mecanismos de adaptación. El segundo sistema, es por ello preferible: ahora bien, dentro de él puede acudirse como criterio de regulación conjunta a la ley antigua o a la ley nueva; la ley antigua, aplaza la vigencia temporal de la norma pero la ley nueva, obligaría a retroceder en el procedimiento lo que es peor todavía. Por ello, se ha señalado que resultaría más aconsejable, en definitiva, aplicar a los procesos pendientes la ley que se halle en vigor cuando se inició su tramitación [47].

(47) Guasp ob. cit., p. 61.

CAPITULO IV

Sistemas y principios procesales

Sumario: 1. Sistemas procesales. 1.1. Dispositivo o Inquisitivo. 1.2 Sistema acusatorio. 1.3. Oral o escrito. 1 4. Sistema de instancia única o doble instancia. 2. Principios del proceso. 2.1. Publicidad. 2.2. Inmediación. 2 3. Bilateralidad. 2 4. Autoridad. 2.5. Formalismo. 2 6 Economía. 2.7. Moralidad. 2.7.1 Principios procesales y abuso del proceso. 3. Reglas del proceso. Impulsión, preclusión y adquisición.

1. Sistemas procesales

Un sistema es una estructura orgánica diseñada por la ley, teniendo en cuenta, ciertos principios o ideas rectoras que le imprimen caracteres que lo definen. Se trata de formas metódicas y estructurales aptas para el desarrollo de los presupuestos políticos-jurídicos del derecho procesal [1].

Los cuerpos adjetivos se han organizado en base a diferentes sistemas procesales: dispositivo-inquisitivo, acusatorio, con procedimiento oral o escrito, de instancia única o plural, etcétera

Tradicionalmente, los sistemas procesales se presentan en forma prevalente y no pura. Ello así, se han conformado en base a ideas fundamentales y a cuestiones que hacen a determinaciones de política general. En rigor, los diversos sistemas jurídicos procesales, se corresponden con realidades sociales, económicas, políticas, religiosas y otros factores tales como geográficos, históricos etcétera

Estas formas metódicas, dan fisonomía y personalidad a nuestra disciplina jurídica, en lo que respecta a la organización de los medios de expresión y comunicación (sistema oral o escrito), en la organización de los tribunales (única o doble instancia) y, por último, en lo que atañe a los poderes y deberes recíprocos de las partes y del juez (dispositivo-inquisitivo)

Cabe apuntar, que el propósito de trazar los rasgos básicos de los sistemas procesales en una visión pura, nos permite conocer cuáles han sido sus instituciones, su operatividad y así determinar cómo se ensamblaron unas y otras, dando paso a las instituciones modernas. Los sistemas procesales están íntimamente vinculados con los denominados principios formativos del proceso y, también, con la teoría de los actos jurídicos procesales. Por ello, su exposición, necesariamente, va a comprender nociones relativas al desarrollo externo del proceso que constituirán un anticipo y una premisa de los demás temas.

1.1. Dispositivo o inquisitivo

El tipo *dispositivo* es aquél que asigna a los particulares tanto la iniciativa del proceso, como el del impulso subsiguiente; también les confiere a las partes, la facultad de fijar la cuestión fáctica y el poder de renunciar a ciertos actos del proceso. Es característica fundamental de este sistema que sean las partes, las que deben aportar los elementos corroborantes de sus pretensiones, esto es, los elementos probatorios

En cambio, en el *inquisitivo* «es al juez o tribunal a quien competen esos poderes y los que deben actuar por sí e investigar *(inquirire)*» [2] Como se advierte, se trata de dos tipos fundamentales, que responden a concepciones distintas, teniendo en cuenta la posición que en el proceso se le asigne al juez y a las partes [3].

Lo dispositivo se verifica cuando las partes son dueñas absolutas del impulso procesal y son las que fijan los términos exactos del litigio a

---

(1) Díaz, Clemente A., *Instituciones de derecho procesal*, t. I, p. 298.

(2) Vescovi, Enrique, *Teoría general del proceso*, Temis, Bogotá, Colombia, 1984, p. 51.

(3) Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I, Ediar, Bs. As., 1963, p 101.

resolver. Ello funciona como un límite y un deber para el juez, puesto que, deberá circunscribir su decisión a las peticiones formuladas por el actor y a la oposición del demandado (principio de congruencia). También son las partes las que aportan el material necesario para acreditar sus afirmaciones, y cuentan, además, con facultades para decidir el momento en que le ponen fin al proceso (facultades dispositivas). En otras palabras, por regla general pueden disponer del contenido de la relación sustancial y también del de la procesal. Este sistema se visualiza a través de reglas y principios que lo consagran expresamente y que importan un punto de partida para su estudio y análisis. En rigor, la mayor o menor facultad de disposición de la relación sustancial y formal, como los poderes otorgados al órgano jurisdiccional, son los elementos que definen a un sistema como prevalentemente dispositivo o inquisitivo.

El sistema inquisitivo, se caracteriza porque es el juez u otro funcionario quien tiene la facultad o poder de investigar con el fin de arribar a la verdad material con prescindencia de la actividad de las partes y podrá proponer elementos probatorios sin otro límite que la ley. En general, se dirige a la búsqueda de la verdad material o histórica. Por ello, es que se ha dicho que rige en este sistema, el principio de investigación judicial.

Como hemos apuntado, ninguna de estas formas metódicas se manifiestan en el tipo puro, sino que presentan combinaciones que marcan una mayor o menor tendencia a lo dispositivo o inquisitivo. En una vista hacia el pasado se advierte que los procesos han manifestado el predominio de uno u otro según el momento histórico, la tendencia política e idiosincrasia de los pueblos. Ese devenir reconoce causas en las formas de organización, en los vaivenes políticos de los pueblos y en la evolución sociocultural. Pero, pueden señalarse caminos que han significado un avance.

Los países latinoamericanos en el ámbito del proceso civil, han adoptado el sistema prevalentemente dispositivo que encuentra fundamento en la legislación española que es su antecedente directo, como sucede en nuestro país En tanto, que para los asuntos de corte penal, el tipo adoptado se aproxima al inquisitivo. Cabe señalar, que con el transcurso del tiempo esto ha ido cambiando, morigerado en algunos casos y, en definitiva, se han producido mudanzas, en ambas tendencias. Tan es así que por influencia de los sistemas y principios en su interrelación se hace referencia a la llamada publicización del proceso civil y a la correlativa privatización del proceso penal.

1.2. Sistema acusatorio

El sistema acusatorio encuentra sus orígenes en el derecho griego y se caracteriza porque se les asigna a los ciudadanos una participación directa en el ejercicio de la acusación y de la jurisdicción. El juicio se realiza en forma oral y pública y pueden realizarse actos preliminares.

En el derecho romano, el sistema acusatorio, se manifiesta con mayor vigor durante la época de la República, después decae y prácticamente muere cuando se afirma el imperio. Sin embargo, el inquisitivo, en este período, se manifiesta en algunos gérmenes que más tarde se desarrollan y se trasladan al derecho español antiguo y del Alto Medioevo.

El sistema acusatorio se presenta como un *«proceso dominado por las partes, lo que significa el imperio de una concepción individualista, mientras que la jurisdicción aparece con la única función pública de resolver un conflicto intersubjetivo»* [4].

El sistema acusatorio parte de la relación Estado-persona, la que plantea el límite que se manifiesta en lo que se está dispuesto a resignar en el campo de los derechos individuales para realizar la pretensión punitiva. Esta última cuestión es la que influye en decisiones de política procesal que se inclinan en forma pendular a uno u otro sistema. Es así, que si se quiere aumentar la eficacia del sistema punitivo, se recortan las garantías de los imputados y, por el contrario, si se pretende un proceso garantizador, pareciera que aumenta la impunidad [5]. La tensión entre ambas ideas es la que define a un sistema como prevalente en uno u otro sentido.

Lo que caracteriza al sistema acusatorio consiste en separar las funciones que el Estado desarrolla en materia penal mediante el simple expediente ritual de instituir dos organizaciones diferenciadas de funcionarios -el ministerio público y los tribunales- otorgando a los dictámenes de uno significados jurídicos requirente y a los otros, valor de decisión, impidiendo que esta última tarea se ponga en movimiento sin un requerimiento previo de los funcionarios del ministerio público [6].

La vigencia del acusatorio implica, fundamentalmente, que el juez o tribunal deja de ser un protagonista activo de la búsqueda de la verdad y deriva esta responsabilidad al ministerio público (órgano requirente)

(4) Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., p. 29.
(5) Superti, Héctor C., *Derecho procesal penal*, Iuris, Santa Fe, 1998, p. 27
(6) Cafferata Nores, José, *Introducción al derecho procesal penal*, Marcos Lerner, Cba., 1994, p. 182

El sistema acusatorio entonces pone su acento en el aspecto garantizador; en cambio, el inquisitivo, centra su atención más en la investigación, represión y en el castigo. Como se advierte, se trata de sistemas opuestos, pero ello no impide que se tienda a una suerte de equilibrio, a fin de obtener un modelo respetuoso de los derechos individuales mediante la imposición de un sistema mixto.

El sistema acusatorio se basa, fundamentalmente, en tres ideas que refieren: a la situación de las partes, al método del debate y al rol del órgano jurisdiccional. Así las partes se posicionan en un plano de igualdad, diferenciándose entre ellas y el juez, el que debe ser imparcial, (*imparcial*) e independiente.

El debate se limita en el tiempo, se rige por pautas éticas y comprende las etapas de afirmación, reacción, confirmación y alegación.

El órgano jurisdiccional no puede impulsar la acción, sólo la proyecta y le está vedado suplir la inactividad de los contendientes, ni siquiera en el aspecto probatorio, ello sin perjuicio de sus facultades como director del proceso. La separación del juez y el acusador constituye el más importante de todos los elementos integrativos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás [7].

Cabe señalar, por último, que en el nuevo sistema penal cordobés se han introducido ingredientes del acusatorio que han morigerado el sesgo inquisitivo del viejo sistema y advirtiéndose a poco tiempo de su vigencia grandes beneficios con el cambio. Esta última modificación ha sido resistida por los operadores judiciales y de ella daremos cuenta en la oportunidad pertinente. La reforma consiste *brevitatis causae* que el trámite del procedimiento penal en el nuevo sistema es impulsado, inicialmente, por el ministerio fiscal quien tiene por regla general a su cargo el desarrollo de la investigación penal preparatoria destinada a reunir pruebas que resulten suficientes al solo efecto de fundar la acusación. La función del juez de instrucción queda relegada al control de las tareas de este funcionario en la etapa de investigación. En la segunda etapa del trámite penal, es decir, la etapa del «juicio», el fiscal (de Cámara) es el funcionario que tendrá a su cargo proponer elementos

(7) Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1997, p. 567.

probatorios para el descubrimiento de la verdad; el tribunal de juicio unipersonal o colegiado carece de facultades al respecto. Se procura, de este modo, un perfil adecuado para la actuación de los jueces que se compadezca mejor con la esencia de sus funciones, que es la de juzgar. Así se ha expresado que quien investiga no debe juzgar, en crítica evidente al sistema procesal penal anterior vigente en Córdoba. Ello así, la tarea que actualmente realiza el fiscal -investigación preparatoria- en el sistema anterior era cumplida por el juez de Instrucción. En orden a las atribuciones probatorias en el nuevo procedimiento penal, el fiscal debe ser el dueño de la estrategia de la investigación y está facultado para recibir toda la prueba aun las definitivas e irreproducibles siempre que, en este caso, se garantice la intervención de la defensa.

En la etapa de juicio, la Cámara del Crimen actúa decidiendo inicialmente sobre la observancia de las garantías del fundamento probatorio de la acusación (durante la investigación); también, en forma definitiva, sobre la responsabilidad penal del acusado en base a las pruebas aportadas en el juicio, evitándose en todo caso que deba buscarlas, primero y juzgar sobre su eficacia, después [8]. Pero, este tribunal de juicio, tiene facultades restringidas por cuanto no puede ordenar oficiosamente la producción de pruebas.

1.3. Oral, o escrito

El sistema oral se caracteriza por la prevalencia del uso de la palabra sobre la escritura [9]. Vale decir, de acuerdo a la forma en que se habrá de vertir el pensamiento en el proceso, ya sea por la expresión verbal o escrita, se originan dos sistemas contrapuestos: el oral y escrito. De tal modo, estaremos frente al modo oral, si el tribunal solamente puede tener en cuenta el material procesal (actos de postulación, de obtención, participaciones de conocimientos y declaraciones de voluntad, etcétera), enunciados oralmente en la audiencia, sin recurrir a escritos o memorias [10].

(8) Cafferata Nores, José, ob cit., p. 183
(9) Alsina, Hugo, ob. cit., t. I, p. 110.
(10) Vescovi, Enrique, ob cit., p. 59.

La oralidad *«requiere substancialmente, que la sentencia se funde tan sólo en aquellas alegaciones que hayan sido verbalmente expresadas por las partes ante el tribunal de la causa»* [11].

En cambio el trámite será escrito, cuando el tribunal solamente pueda tener en cuenta el material procesal suministrado por escrito o recogido en actas, *quod no est in actis, non est in mundo* [12]. El tipo escrito, entonces, supone que toda la actividad procesal sea trasladada, sin excepción, a la expresión gráfica de la «escritura» que sirve además de vehículo de expresión, de medio de conservación y comunicación de la material procesal.

Es difícil concebir un sistema oral que no admita algún grado de escritura, como tampoco uno escrito que no admita algún grado de oralidad. Por ello, es posible afirmar que no existen tipos orales o escritos puros, dado que manifiestan en una u otra secuencia el dominio de la palabra o de la escritura, por cuanto no puede prescindirse en el desarrollo del procedimiento de la escritura ni de la palabra.

Es así que, en el sistema oral, existen algunas aplicaciones del escrito, como por ejemplo, en todo lo atinente a la actividad de documentación que debe realizarse de las declaraciones formuladas en la instrucción y de las pruebas recibidas en la audiencia. De otro lado, aun cuando se adhiera al sistema escrito, no se descarta que ciertos actos procesales, necesariamente, adopten la forma oral, aunque ellas deban ser absolutamente documentadas, por ejemplo, cuando se reciben las declaraciones de los testigos, la confesión de las partes, etcétera.

Es claro, entonces, que sólo puede hablarse de predominio oral, o de prevalencia oral u escrita, lo cual no excluye la existencia de actos escritos u orales en uno u otro sistema.

El sistema escrito es utilizado para el procedimiento civil. Tal sucede en Córdoba, en donde además se imponen reglas absolutamente formales, por lo que se ha expresado que es «desesperadamente escrito». En tanto, que la oralidad es propia de otras materias y, generalmente, el procedimiento se organiza bajo el sistema de instancia única, así sucede en el trámite penal, laboral y familiar, etcétera.

(11) Palacio, Lino, ob cit., p. 75
(12) Díaz, Clemente, ob. cit., p 316.

La oralidad ofrece ventajas las que no se extraen a partir de la oralidad misma, sino de la forma en que operan ciertas reglas procesales que encuentran su óptimo desarrollo en este tipo Es así que el tipo «oral», propicia la vigencia del principio de inmediación, entendida como la comunicación directa del juez con las partes y órganos de prueba. Favorece, sin duda, una estrecha vinculación entre el tribunal, las personas y el material de conocimiento. La inmediación, requiere que la persona que emite el juicio de apreciación de la prueba, coincida con la persona que la recibe (identidad de juzgador). También favorece la recepción de la concentración procesal en la unidad del debate oral. La concentración supone la reunión de la mayor cantidad de actividad procesal, en el menor número de actos posibles. Es gráfico, a tal efecto, señalar que en el acto de audiencia de vista de causa se reciben las pruebas oralizadas, se producen los alegatos y se dicta la sentencia.

Se ha dicho que el sistema oral permite acelerar los trámites judiciales al dotarlos de sencillez en las formas procesales (simplificación) y favorece el acortamiento de los tiempos del proceso.

Por su parte, los partidarios de la escritura, sostienen que este tipo procesal facilita el estudio y la reflexión de los jueces, aleja los peligros de la improvisación y la ligereza y que la inmediación, la publicidad, la celeridad, etcétera, pueden obtenerse también en el proceso escrito [13]. Por ello, *«el sistema escrito tiene a su favor la mayor seguridad que proporciona, ya que las declaraciones quedan fijas y permanentes, de suerte tal que en cualquier momento pueden ser reconstruidas y examinadas»* [14].

Cabe señalar, que *«el interés social reclama soluciones inmediatas, o por lo menos rápidas y oportunas, el establecimiento de una de justicia de puertas abiertas, la garantía de su acceso, la economía de tiempo, esfuerzo y dinero, ya que la pronta y justa composición de la litis, más que la satisfacción del derecho individual, es una exigencia de la tranquilidad colectiva»* [15]. Ello implica, al decir de Chiovenda, que se requiere *«una racional contemporización de los medios de expresión del pensamiento»*. Así no puede *ab initio* optarse, exclusivamente, por uno u

(13) Díaz, Clemente, ob. cit., p. 321
(14) Palacio, Lino, ob. cit., p. 77.
(15) Alsina, Hugo, ob. cit., p. 112.

otro sistema; en ellos deberá conjugarse la oralidad y la escritura y así extraer de uno y otro aquellos elementos valiosos para que sean aprovechados en la actividad procesal.

Por último, se señala que, como se ha dicho, los sistemas no se dan en forma pura sino que en la realidad se manifiestan mixturados. Además, cierto tipo de causas en donde se debaten cuestiones personales o de hecho, resultan más adecuadas para el trámite oral (por ejemplo, accidente de tránsito, divorcio, etcétera); en tanto, que otros asuntos que conllevan la necesidad de revisar documentos, escritos, por su naturaleza, pueden ser mas idóneos para su tratamiento con el tipo escrito.

1.4. Sistema de instancia única o doble instancia

La doble instancia supone la existencia de dos órganos jurisdiccionales que actúan con un orden de prelación y jerárquico en momentos diferentes del proceso La doble instancia, supone conferir a un órgano de jerarquía superior el poder-deber de revisar, por vía de recursos ordinarios, la apreciación de los hechos y la aplicación del derecho efectuada por un juez de primer grado en su resolución. El sistema de doble instancia supone, generalmente, un juez «unipersonal», inferior de trámite y sentencia y un órgano superior generalmente colegiado, con competencia para revisar la resolución del inferior dentro de los límites impuestos por el sistema adjetivo de impugnaciones. Supone entonces la existencia de un juez inferior *a quo* y un órgano superior de grado *ad quem*.

Alsina, señala que la doble instancia, encuentra orígenes remotos en el Bajo Imperio Romano, cuando el príncipe delegó en presidentes y gobernadores la facultad de administrar justicia. Así se utilizó como un medio para controlar el ejercicio de la jurisdicción y que en la época feudal alcanzó gran importancia política [16].

La doble instancia es propia de la organización de los tribunales civiles; en tanto, que la instancia única se identifica más con el trámite oral y es aplicada en los fueros penal, familiar y laboral, en estos casos,

(16) Alsina, Hugo, ob. cit., p. 131

la sentencia dictada sólo puede ser impugnada por vía de recursos extraordinarios.

Los sostenedores de la doble instancia invocan que los tribunales de alzada ofrecen mayores garantías por el número de sus componentes y por el superior criterio y experiencia de éstos. A más de ello, aluden que la revisión brinda la posibilidad de que las partes aporten nuevos elementos de defensa o de prueba, en las condiciones que la ley procesal lo permita, supliendo omisiones incurridas en la primera instancia, y así obtener una nueva decisión del conflicto. En tanto, que los partidarios del sistema oral de instancia única, fundamentan sus ventajas, especialmente, en su agilidad y en la vigencia de la inmediación.

2. Principios del proceso

Los principios del proceso son *«los presupuestos políticos que determinan la existencia funcional de un ordenamiento procesal cualquiera»* [17]. Es así, que ellos concretan o mediatizan algunas de las garantías constitucionales y en cada uno puede encontrarse una relación directa con las normas fundamentales contempladas en la Constitución Nacional. La *«cientificidad del derecho procesal y la homogeneidad de su contenido, gira en torno a instituciones que se complementan e integran recíprocramente e induce a concebir a esta disciplina jurídica como dominada por principios fundamentales»* [18].

Palacio, por su parte, confirma estas ideas señalando que se denominan *«principios procesales a las directivas u orientaciones generales en que se funda cada ordenamiento jurídico procesal»* [19].

La ley presenta en su texto la sistematización de principios, que tienen una recepción diferenciada en orden a su extensión. Debido al diferente predicamento entre uno u otro principio, merece especial atención individualizar a cada uno de ellos y definir su contenido, de tal modo que de su conformación surgirá cada sistema procesal.

La adopción de un principio y el descarte de otros por parte del legislador, responde a razones de política procesal. La doctrina ha

(17) Díaz, Clemente A., ob. cit., t. I, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1968, p. 172.

(18) Díaz, Clemente A., ob. cit., p. 169.

(19) Palacio, Lino, *Manual de derecho procesal*, t. I, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1977, p. 70.

señalado que cada código procesal puede ser definido en virtud de sus directivas y orientaciones fundamentales, las cuales se concretan en los principios procesales [20]. Sin embargo, no existe consenso entre los autores, sobre la forma de denominarles, aunque se proclama, sin duda, su existencia e importancia.

Los principios procesales auxilian al legislador para estructurar las instituciones del proceso en uno u otro sentido, y facilitan el estudio comparativo de los diversos ordenamientos procesales vigentes, cuanto de los que rigieron en otras épocas. Además, constituyen instrumentos interpretativos de gran valor para los operadores jurídicos ya que contribuyen a integrar los vacíos que puede presentar el orden normativo.

Cabe señalar, que para cierta doctrina, sólo configuran principios procesales los de bilateralidad de la audiencia, formalismo, autoridad, economía y moralidad y estudia otras manifestaciones bajo la denominación de reglas o máximas procesales, cuyo alcance desarrollaremos *infra*.

En conclusión, puede sostenerse que los principios procesales son las líneas directrices u orientadoras que rigen el proceso plasmándose de este modo una determinada política procesal en un ordenamiento jurídico determinado y en un momento histórico dado. Cabe expresar, por último, que modernamente van formulándose nuevos principios o reglas que quizás no son tan nuevos sino que tan sólo son reformulaciones o adaptaciones a las necesidades actuales de los clásicamente reconocidos. Tal sucede, por ejemplo, con las modernas formulaciones de la reglas de la solidaridad, de la personalidad, de las nuevas formas de buena fe y lealtad procesal, etcétera.

2.1. Publicidad

El principio de publicidad, implica que los actos que se cumplen en el proceso deben ser conocidos en forma irrestricta tanto por parte de la

(20) Morello, A; Sosa G., y Benzonce, R., *Códigos procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, comentado y anotado, 2ª ed., Artes Gráficas Candil S.R.L. t. I., Bs. As., 1992, p. 568.

sociedad, como por los intervinientes, a fin de permitir un control adecuado de la actividad procesal y en definitiva, de los actos de los jueces. Este principio es una derivación lógica de los fines del proceso. Hoy no se discute que en el trámite judicial, existe un interés eminentemente público, porque funciona como un instrumento que contribuye a garantizar la armonía y la paz social.

Los autores, han enfatizado que *«este principio significa que no debe haber justicia secreta, ni procedimientos ocultos, ni fallos sin antecedentes ni motivaciones»* [21].

La excelencia de la publicidad resulta indiscutida, puesto que el contralor de la comunidad redunda en su propio beneficio, dada la función docente que cumple. Además, favorece a obtener una mayor transparencia en la administración de justicia al fiscalizarse la actividad de los jueces y de los abogados. Couture, puntualiza, que *«el principio de publicidad es de la esencia del sistema democrático de gobierno»* [22].

Los cuerpos formales, cuando adscriben a este principio lo consagran en términos generales, así por ejemplo, se prevé que «las actuaciones del proceso y sus resoluciones serán públicas». A su vez a modo de excepción, es posible limitar la publicidad; ello sucede cuando existe un interés justificado de las partes o cuando concurren razones que hacen al orden público o de moralidad. Es que *«pueden los magistrados restringir la publicidad de las audiencias y aun de los fallos, si pudiera afectarse con ello la moral o el orden público u ocasionarse perjuicios materiales o morales a los interesados»* [23]. En definitiva, lo que fundamentalmente se procura es la protección del derecho de intimidad de las personas.

El principio de publicidad se manifiesta en los distintos actos del proceso, así en las audiencias y, por regla, durante toda la actividad de prueba y también se verifica en la decisoria a través de la motivación de los fallos.

La vigencia de este principio presenta connotaciones particulares [illegible] definen a partir del derecho de fondo que se realiza a través del [illegible] Así, por ejemplo, en el proceso penal, la publicidad podrá verse

[illegible] Fernando, *Teoría general del proceso*, Universidad, Bs. As., 1997, p. 57

[illegible] *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Bs. As., 1978, p. 2

(23) [illegible] *[illegible]tado de la competencia*, Ediar, Bs. As., 1973, p. 96.

restringida en ciertas secuencias de la investigación penal preparatoria, llevada a cabo por el Fiscal cuando establece el secreto de sumario por un plazo restringido (art. 312 C.P.P.). Es que *«en materia penal se justifica el secreto en los primeros momentos de la instrucción, porque el delincuente tiene especial cuidado en no dejar huellas de delito»* [24]. También rige para los delitos de acción privada en los cuales impera la confidencialidad del trámite.

En el procedimiento de familia, el principio de publicidad se presenta en su antítesis, bajo la denominación del llamado «principio de reserva». Es que, frente al principio de publicidad, se presenta el de «reserva, secreto o de confidencialidad», que encuentra sustento en preceptos constitucionales, como los vinculados a la protección de la acciones privadas de los hombres, a la intimidad que dispensa la Constitución Provincial y también la tutela privatista consagrada en el art. 1071 C.C. [25] La publicidad a la que se pueden someter los actos procesales cumplidos en el procedimiento de familia, está limitada al consagrarse la tutela procesal del principio de reserva. Así lo ha prescripto el legislador cordobés al establecer el carácter de «secreto», «reservado», «privado», del procedimiento de familia, de sus actuaciones y de su sentencia, de acuerdo a lo normado por la ley 7676 [26].

2.2. Inmediación

El principio de inmediación, tal como surge de su sentido literal, significa que el juez debe encontrarse en un estado de relación directa con las partes y recibir personalmente las pruebas [27]. Devis Echandía, puntualiza que la comunicación inmediata alude *«a la del juez y las personas que actúan en el proceso, con los hechos que en él deban hacerse constar y con los medios de prueba que se utilicen»* [28].



(24) Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. 1, Ediar, Bs. As., [illegible], p. 115.

(25) Bertoldi de Fourcade, María V. - Ferreyra de de la Rúa, A., *Régimen procesal de fuero de familia*, Depalma, Bs. As., julio 1999, p. 59.

(26) En este sentido véase, entre otros, los arts. 20 inc. 1, 39, 48, 52, 56, 57 de la ley 7676

(27) Alsina, Hugo, ob. cit., p. 460.

(28) Devis Echandía, H., *Teoría general del proceso*, p. 68

Este principio se manifiesta con mayor vigor en los procesos orales que en los escritos. Sin embargo, en las formas modernas de procedimiento oral o escrito, existen instancias oralizadas, que presuponen la vigencia de este principio parcialmente. Tal sucede, por ejemplo, en el proceso civil nacional o de algunas provincias que han adoptado el trámite del proceso por audiencia; en estos casos, luego de la etapa escrita de las postulaciones, se realizan dos audiencias (audiencia preliminar y de vista de causa) con vigencia sólo en su trámite de la regla de inmediación. Por su parte, en el proceso penal, la vigencia plena de la inmediación se manifiesta en la oportunidad de la audiencia de debate en la que, los integrantes del tribunal, del ministerio público, imputados y sus defensores y órganos de prueba están en contacto directo

Los rasgos fundamentales de la inmediación, están dados por la presencia de los sujetos procesales ante el órgano jurisdiccional, por la falta de un intermediario judicial entre las cosas y personas del proceso y el juez y, también, por la necesidad de la identidad física del juez que tuvo contacto con las partes y del que dictará sentencia [29].

En el ordenamiento procesal penal, la regla de la inmediación adquiere jerarquía sustancial al incorporarse al Código Penal, de este modo se prevé que *«el juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso»* (art. 41 *in fine* C.P.). *Es que en materia penal y también en el procedimiento laboral, el interés público en la realización del derecho, impone la inmediación como una directriz insoslayable. Esto significa, la ausencia de intermediarios entre la prueba recibida y el órgano jurisdiccional de la recepción y se lo extiende también, como se apuntó, a la idea de la identidad física del juzgador. Así se ha sostenido que «el juez que ha de dictar sentencia debe ser el mismo que en el debate oral, público y continuo, reciba inmediatamente, la prueba producida con el control público y de los otros sujetos del proceso»* [30].

2.3. Bilateralidad

El debate procesal debe ser ordenado a fin de preservar la igualdad de los contendientes al momento de hacer valer sus derechos. La regla

(29) Díaz, Clemente, ob. cit., p. 382.

(30) Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho procesal penal*, t. I, Ediar, Bs. As., 1960, p. 488

de la bilateralidad es denominada también, como principio de contradicción. Este principio, posee raíz netamente constitucional y su efectiva vigencia es lo que otorga legitimidad a los procesos; de allí que domina todos los estadios secuenciales. La contradicción o bilateralidad, compendia la idea de que toda decisión judicial debe ser tomada previo a que se haya dado igual oportunidad, a todas las partes de ser oídas [31]. Implica, necesariamente, la posibilidad de alegar y probar; es decir, otorgar a las parte la oportunidad de ejercer las defensas que tuviere y de arrimar al proceso los elementos de juicio conducentes a la demostración de sus alegaciones. Este principio, se resume en el aforismo latino *audiatur et altera pars*. No interesa al derecho que la parte, efectivamente, se pronuncie, sino que se le haya otorgado una razonable oportunidad de defenderse o de cumplir con la carga procesal de expresarse, de ofrecer, producir y controlar la prueba (art. 210 C.P.C. -ley 8465-).

Palacio, advierte que la realización de ciertas medidas, como las cautelares pueden ordenarse inaudita parte, pero ello no implica derogación del principio de bilateralidad sino que tan sólo significa que se difiere el contradictorio por especial naturaleza del acto. Esto quiere decir, que si bien no se notifica previamente el despacho de la medida, sin embargo, sí debe ser comunicada al afectado inmediatamente después de haber sido trabada.

Este principio se manifiesta en la obligación impuesta por las leyes formales de hacer conocer a las partes las resoluciones de los jueces para su validez. A ese fin, el Código Procesal Civil establece, respecto de la comunicación externa, la regla de que las providencias y resoluciones judiciales no obligan a las partes si no son notificadas con arreglo a la ley (art. 142). También, se ha regulado la comunicación intraprocesal a través del recurso técnico de los traslados, vistas y notificaciones.

Por último, el sistema se garantiza por las normas que establecen sanciones para la violación de este principio, a cuyo fin se imponen nulidades específicas para el caso de las notificaciones o se utiliza las

(31) El concepto ha sido elaborado a partir de la noción dada por Clemente Díaz, quien entiende que *«el principio de bilateralidad de la audiencia o del contradictorio expresa que, salvo excepciones limitadas, el juez no podrá actuar su poder de decisión sobre una pretensión* (civil, lato sensu o *penal*) *si la persona contra quien aquella ha sido propuesta no ha tenido oportunidad de ser oída-* audiatur et altera pars» (Díaz, Clemente A., *Instituciones del derecho procesal*, t. I, Abeledo-Perrot, Bs As, 1968, p. 214).

reglas atinentes a la teoría general de las nulidades, hechas valer a través de los poderes genéricos de impugnación.

2.4. *Autoridad*

El principio de autoridad se define a partir del aspecto jerárquico autoritario que asume el derecho procesal por la incidencia del órgano jurisdiccional, considerado como poder del Estado político, en el conflicto de los justiciables [32].

Este principio, no ha sido formulado como tal por la doctrina, la que ha utilizado otras expresiones para su abordaje, aunque a veces lo ha sido con referencia a sus atributos o a las formas en que se manifiesta, sin efectuar una explícita alusión. Así se ha dicho que tanto el poder de conducción o de dirección del proceso, como el poder de esclarecer la verdad de los hechos constituyen manifestaciones del principio de autoridad. Luego, será el sistema adjetivo, el que impondrá los límites para su ejercicio, en la categorización de los poderes-deberes del órgano jurisdiccional.

Es posible señalar dos vertientes opuestas y bien definidas, inspiradas en una ideología sociopolítica determinada: la liberal-individualista y la jerárquico-autoritaria. Claro está que, entre ambas posturas, existen diferentes matices que importan fórmulas intermedias o con una mayor o menor identificación con alguna de ellas.

En el marco de la concepción liberal-individualista, impera la fórmula de la neutralidad del juez, lo que supone que *«el juzgador no ha de intervenir en la marcha del proceso en forma activa, cuya iniciativa, impulso, conducción y disposición es un atributo del justiciable»* [33]. Como se advierte, se trata de un juez espectador de la contienda judicial. Rige en esta concepción, el principio de rogación que preconiza que el juez no actuará de oficio sino a petición de parte (*ne procedat iudex ex officio*).

La figura del juez neutral, es propia del sistema procesal dispositivo, adoptado por la mayoría de los códigos procesales civiles de nuestro país, actualmente en proceso de revisión.

(32) Díaz, Clemente, A., ob. cit., t. I, p. 234.
(33) Díaz, Clemente A., ob. cit., t. I, p. 235.

En una posición intermedia, se encuentra la que postula la figura del juez como un verdadero director del proceso. Esta fórmula, es una creación ideal de la doctrina para superar la posición individualista del juez espectador. Sin embargo, se ha entendido que se trata de *«una fórmula incompleta: excepto que se interprete el verbo dirigir en una forma amplísima; ello es así, ya que, el poder de dirección o conducción solamente afecta el desarrollo del proceso y hace a su marcha normal, pero no agota los predicados propuestos por los fines del derecho procesal»* [34].

En una postura crítica contra la fórmula de la neutralidad del juez, se postula la que le otorga una intervención activa y preponderante en orden a la marcha del proceso y al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos. Configura la fórmula de la autoridad del juez, la que se obtiene a partir de especiales poderes otorgados al órgano jurisdiccional durante el proceso y diferentes cargas y obligaciones para las partes, durante su trámite.

Es que frente al juez pasivo se postula el aumento de poderes en lo atinente a la dirección y conducción del proceso, a la formación del material de cognición y en la vigilancia de la conducta de los justiciables.

Es así, que se concibe al juez dotado de un complejo de poderes-deberes limitados por la ley. Su ejercicio reconoce como *sustractum* un deber imperativo de corte funcional.

2.5. *Formalismo*

Las formas procesales son establecidas como garantía del justiciable y se basan en el principio de seguridad jurídica. La doctrina desde siempre se ha preocupado por la regulación de las formas procesales, dándole en ciertos tiempos, un sentido prioritario y rígido y, en otros, se las ha desvirtuado hasta propiciar la libertad absoluta. El sistema riguroso y el de la total libertad se han identificado con ciertos momentos históricos. El primero, puede llevar a situaciones inaceptables en las cuales se exige la forma por la forma misma. Ello implica una preponderancia de lo ritual respecto del contenido del acto.

(34) Díaz, Clemente A., ob. cit., t. I, p. 239

Entendemos la forma como la exteriorización corporizada en un documento del acto procesal. El sistema opuesto, de liberalidad o elasticidad, puede conducir a un caos y a situaciones de anarquía, que generan inseguridad. Frente a estas posturas extremas encontramos sistemas intermedios en los que se disciplinan las formas legal y judicialmente. Conforme a este esquema se otorgan al juez algunas facultades para establecer las modalidades para el cumplimiento de cierta actividad procesal. Sin embargo, el problema no se resuelve solamente en este tópico y clarifica la cuestión, el regular las formas con un criterio finalista. Ello implica que deben constituir un medio para cumplir con el acto y conseguir la realización del derecho subjetivo que corresponda. En esta idea, ellas deben ser impuestas con claridad y, además, ser indiscutidas para las partes; no debe incurrirse en una rigidez formal y debe establecerse mediante elaboraciones simples y posibles de adaptar a la naturaleza del acto.

Podemos afirmar que, en la legislación positiva, se advierte la adopción del sistema de la legalidad. Es así que se regula el modo de cumplimiento de la actividad procesal ya sea, con previsiones específicas para cada acto o por disposiciones generales de remisión, en las que se refleja el sistema adoptado.

La ley adjetiva recepta el principio con dos enfoques distintos, desde el punto de vista de la forma del acto procesal, en particular y desde el conjunto seriado de actos (procedimiento). Los procedimientos son reglamentados, estableciéndose procesos tipos, para cada sistema. En nuestro país, en lo atinente al proceso civil el modelo es el de juicio ordinario o de conocimiento, el cual es establecido para resolver todo tipo de controversia que no tenga una especial tramitación e implica el juicio más amplio en donde se pueden introducir y discutir con cierta latitud todo tipo de pretensiones. También se prevén otros procedimientos más simples o reducidos para cuestiones de menor envergadura o que por su naturaleza sustancial requieren de un trámite más sumario y expedito.

Modernamente, existe una tendencia a flexibilizar las formas sobre todo en lo relativo a cierta actividad procesal. Así, por ejemplo, se apunta a la eliminación de los interrogatorios escritos para testigos y de los pliegos de absolución de posiciones proponiéndose en su remplazo interrogatorios libres, informales y coloquiales.

La ley debe regular, como explicitáramos, la estructura de ciertos actos, deteniéndose en aquellos de importancia para el proceso y con una óptica finalista.

2.6. *Economía procesal*

El principio de economía procesal importa la aplicación de un criterio utilitario en la realización del proceso y se resume en dos ideas fundamentales: economía de gastos y economía de esfuerzos o de actividad [35]. La incorporación de este principio supone procedimientos que no resulten onerosos, por lo cual, es necesario, además, que no se extiendan excesivamente en el tiempo. Alberdi, sintetiza el objeto político del principio de economía al expresar que *«cuando la justicia es cara, nadie la busca y todo se entrega al dominio de la iniquidad. Entre la injusticia barata y la justicia cara no hay término que elegir»* [36]. Es decir, la implantación del principio exige adoptar criterios razonables en relación no sólo a costos económicos sino al tiempo de duración ya que, como dijo Couture, *«en materia de procedimiento el tiempo es algo más que oro, es justicia».*

Por eso se ha dicho que un aspecto importante para calificar a la justicia es el de la duración de los procesos. La eficacia del proceso depende de su tempestividad, ello significa que debe desarrollarse en tiempo razonable [37]. Ahora bien, ¿qué debe entenderse como razonabilidad? Para fijar pautas referenciales puede acudirse a un «módulo» que está dado por la «duración de la vida humana» general o circunstancial. La circunstancialidad está dada por la condición de las partes; ello es lo que permite distinguir ciertas prestaciones a las que por ello adjetivamos de «asistenciales»: alimentos, jubilaciones, reparación de infortunios del trabajo, etcétera; verbigracia, no se puede rechazar un amparo a un jubilado de 80 años aduciendo que hay vías administrativas idóneas a tal efecto. En suma, lo que determina la admisión de la acción extraordinaria, son sus necesidades extraordinarias.

La economía de gastos pone su acento en el aspecto financiero del proceso. Ello implica que el costo del juicio no sea un obstáculo que impida a las partes su inicio. Los procedimientos generan gastos, y ellos

---

(35) Confr. Díaz, Clemente A., ob. cit., p. 243, Morello, ob. cit., p. 626; Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal*, Depalma, Bs. As., 1978, p. 189

(36) «Bases», cap. XVI.

(37) Arbonés, Mariano, «Proceso justo», XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, 1995, Libro de Ponencias, p. 27.

no pueden evitarse. Pero sí pueden ser postergados atendiendo a ciertas circunstancias o aun, por razones de política procesal, resolverse su eximición por el contenido social de la cuestión que se presenta. Lo que el legislador debe procurar es que los gastos que demande el juicio no se transformen en un obstáculo para el acceso a la justicia de las personas menos pudientes.

Contribuye a la economía en el tiempo y a la celeridad en el trámite, la regla de la concentración de los actos y la de la eventualidad en las afirmaciones. Inciden también en este aspecto, los plazos procesales fijados por la ley adjetiva como tiempos ideales.

La concentración postula reunir toda la actividad procesal posible en uno o pocos actos procesales; con su vigencia, se evita la dispersión de actividad y, consecuentemente, la fragmentación del proceso. Advertimos que se refiere al elemento objetivo del proceso tratando de reducir toda la actividad o al menos parte de ellos en su mayor cantidad. Sin embargo, ello no implica la eliminación de las etapas procesales anárquicamente, sino que la reducción debe operarse dentro de sus límites a fin de lograr concentración sin afectar el contradictorio. Este principio puede verificarse tanto en el sistema oral como en el escrito. No obstante, ciertos autores se pronuncian en el sentido de que la concentración se verifica, fundamentalmente, en el proceso por audiencia, procurando reunir en un solo acto, el debate oral, toda la prueba, y hasta la propia sentencia [38].

La eventualidad supone que las alegaciones, ya sean fácticas o defensivas, deban ser realizadas simultáneamente. La consagración de este *prius*, redunda en el acortamiento de los tiempos del proceso, para procurar evitar sucesivas y dosificadas, alegaciones defensivas. El sentido de esta denominación deriva del planteo *ad eventum* de las excepciones y defensas. Ello significa que la parte deberá deducir todas las defensas en una sola oportunidad, a fin de que si no se admite una, sean inmediatamente consideradas las otras.

La regulación de los tiempos procesales en la ley debe ser meditada con un criterio de razonabilidad, que se concreta en el establecimiento de plazos, que sean susceptibles de poder cumplirse, para que el patrón

(38) Vescovi, ob. cit., p. 60; Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, t. II, p. 134

ideal no sea superado por la realidad [39]. Vale decir, que el legislador debe abordar el tópico con un criterio realista y fijar los tiempos del proceso en un sentido objetivo dotado de elasticidad. Esto significa que en la ley se determine el plazo, y a su vez la flexibilidad implica otorgar facultades al juez para que lo amplíe o disminuya, según las circunstancias fácticas del caso y en procura de la averiguación de la verdad «real» sin suplir por cierto la negligencia de las partes que es lo que Peyrano fustiga como vicio de parcialidad.

2.7. Moralidad

El principio de moralidad se manifiesta en todo el desarrollo y vida del proceso. En efecto, esta directriz se refleja en las distintas etapas del juicio a través de normas que tienen un contenido ético de diferente alcance. La recepción de la regla, marca la orientación publicística en la legislación y, consecuentemente, perfila un esquema sancionatorio. La vigencia de la moralidad implica la asunción de dicho imperativo ético en las figuras procesales [40].

El principio de moralidad está integrado por un conjunto de normas que imponen conductas, imbuidas de un contenido ético que deben ser observadas por el juez, las partes y demás participantes [41]. Este principio madre es comprensivo de otros subprincipios que lo enriquecen, a saber: la lealtad y la buena fe procesal [42]. Su vigencia, a la luz de los hechos

(39) Sobre este punto, citamos el trabajo realizado por Ferreyra de de la Rúa, Angelina; Bertoldi de Fourcade, María Virgina y González de la Vega, Cristina, titulado «Juicio de divorcio. Duración. Procedimiento oral y escrito», publicado en Foro de Cba. N° 17, Advocatus, 1993, p. 11.

(40) En este sentido Clemente Díaz, se plantea el interrogante de «*si el principio de moralidad se podrá concretar jurídicamente, procesalmente, en una fórmula dogmática -a lo que responde- que no se trata, se dijo antes, de dar discutible categoría jurídica a deberes morales, sino de inyectar el imperativo ético en las estructuras jurídicas del derecho procesal, lo cual no es sencillo, en tanto, se deben superar algunos problemas conceptuales y estructurales de cierta trascendencia*» (ob. cit., p. 262).

(41) 153 Díaz, Clemente, reseña el principio diciendo que «*es el conjunto de reglas de conducta, presididas por el imperativo ético, a que deben ajustar su comportamiento procesal todos los sujetos procesales*» (ob. cit., p. 264).

(42) «*La regla ética de conducta del justiciable no es indiferente al derecho procesal, pero, preconceptualmente, conviene aclarar que no se trata de establecer un deber de moralidad, sino de precisar,*

concretos nos hace reflexionar sobre las cargas y deberes procesales asignados a las partes y al juez; así, por ejemplo, el deber de mantener en la instancia conductas que no resulten contrarias a las reglas de contenido ético objetivados en normas. Ello implica la proscripción de ciertas actitudes tales como la reticencia, la intemperancia, la familiaridad y la agresividad, la obstrucción, o la ambigüedad, (sin agotar el repertorio) que puedan ser calificadas para tipificar temeridad, malicia o el abuso del proceso. Sin embargo, queremos destacar que el juzgador deberá precisar los límites de estas conductas defectuosas teniendo a la vista la cláusula constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Las normas adjetivas no consagran concretamente estos principios, sino que establecen las sanciones que se refieren a ellos. Así, prevén consecuencias adversas o penalidades ya sea en forma genérica o específicas para quien litigue en infracción ética a estos principios u observe una conducta procesal impropia [43]. Así, por ejemplo, el «poder de autoridad» que ejerce el juez en las audiencias, la posibilidad de imponer multas ante conductas impropias (arts. 83 y 84 C.P.C.); en el sistema adjetivo procesal civil de la Nación tiene consagración legislativa en el art. 45, que permite imponer a la parte o a su letrado una multa cuando la conducta sea declarada «maliciosa o temeraria» [44]. También, los cuerpos sustanciales prevén consecuencias punitivas para ciertas inconductas, como es la contemplada en el art. 622 C.C. y el art. 565 C. Com..

La inconducta, en muchos casos, se manifiesta en actitudes dilatorias que son consecuencia de un sistema adversarial rígido, impuesto por

---

*el alcance del principio de moralidad***.** Díaz, Clemente A., ***Instituciones de derecho procesal***, t. I, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1968, p. 260.

(43) Se ha señalado que existe una dicotomía, esto es, una conducta procesal indebida («inconducta» procesal genérica) que a modo de regla preventiva lo contiene el art. 45 del Código Procesal; y conductas procesales indebidas («inconductas» procesales específicas) que se caracterizan por la disfuncionalidad incurrida, que cuentan en el ordenamiento adjetivo con señalamientos típicos que los regulan. Gozaíni, Osvaldo A., ***La conducta en el proceso***, Platense, Bs. As., 1988, ob. cit., p. 37.

(44) Al respecto se ha entendido que «toda facultad procesal debe ejercerse de manera compatible con la vigencia de ciertas pautas éticas (regla moral) de las cuales deriva el deber de las partes consistente en comportarse con lealtad, probidad y buena fe, y la consecuente facultad que incumbe a los jueces para sancionar todo acto contrario a ese deber» (C.P.C.N, art. 34, inc. 5, ap. d); Palacio, Lino Enrique y Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit., p. 386.

normas legales inidóneas o por la idiosincrasia de los litigantes, que en muchos casos resultan toleradas por los tribunales.

2.7.1. Principios procesales y el abuso del proceso [45]

La teoría del abuso del derecho, cuyo autor más conspicuo ha sido Josserand, es de aplicación a diversos campos del derecho [46]. Ello no ha pasado inadvertido por los autores, quienes han sostenido que «*el Código Civil argentino es, como se sabe, más que lo que aparenta. Es que se considera que buena parte de su articulado contiene una suerte de teoría general del derecho aplicable, en su caso, en subsidio en otros sectores del mundo jurídico, a los cuales, en principio, no estaba llamado a regir*» [47].

La doctrina sentada por el art. 1071 C.C., encuentra también aplicación en el ámbito del proceso a partir de la recepción, en los cuerpos normativos formales, de los principios de moralidad y sus derivados: lealtad y buena fe procesal. Esta postura se confirma desde la perspectiva de la teoría general del proceso. Así, se parte de la idea de que las normas del derecho procesal, de carácter instrumental, y real[illegible] por esencia, delimitan y asignan los poderes de actuación de los sujetos procesales, con una óptica finalista, cual es la de la efectiva

---

(45) En este punto, se han utilizado algunos de los lineamientos expuestos en la ponencia titulada «Principio de moralidad y el abuso del derecho en el proceso», dirigida por la Dra. Cristina González de la Vega de Opl y elaborada por Leonardo Bordenave, José María Herrán, María I. Lescano y Andrés Ricaldone. Publicada en el libro de ponencias del XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, t. I, San Juan, junio de 2001, p. 67 y ss.

(46) Se ha dicho que «la elaboración de ese principio se remonta a los comienzos de este siglo y fines del anterior, siendo para ello fundamental la contribución del jurista francés Josserand (Llambías, Jorge Joaquín, *Código Civil Anotado*, t. II B, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1979, p. 299). Sin embargo, aún antes de la reforma de la ley 17.711, tenía presencia en la doctrina jurisprudencial, en efecto, «*la norma anotada sólo contemplaba el caso del ejercicio normal del derecho por parte de su titular, por lo que la teoría del abuso podría aplicarse sin necesidad de recurrir al art. 35 de la derogada Constitución* Nacional de 1949, *y ella había sido admitida por nuestra jurisprudencia, señalándose que los arts.* 1620, 1638, 1644, 1739, 1978, 2514, 2618, 2619, *etcétera, constituyen supuestos particulares en los cuales recibe aplicación*» (Salas, *Código Civil Anotado*, t. 1, Depalma, Bs. As., 1971, p. 535)

(47) López de Zavalía, Fernando J., ***Teoría general de los contratos***, Zavalía, Bs. As., 1971, passim

realización del derecho sustancial y la de hacer justicia. Como es sabido, el aspecto teleológico, encierra en realidad la satisfacción del interés público en la actuación concreta del derecho; ello, sin duda, confiere sentido único y uniforme a todos los actos que integran la trama del proceso. Entonces, los poderes que la ley reconoce a los sujetos que intervienen en el trámite deben ser ejercidos y observados en función de la finalidad última del proceso. El ejercicio del poder jurídico con un objetivo diferente exhibe un desvío del propósito para el cual ha sido conferido y, por lo tanto, resulta reprochable y justifica la adopción de medidas tendientes a evitar su configuración o de índole reparatoria.

El abuso del proceso, se presenta como una figura plástica, dinámica, sin límites rígidos, ya que puede presentar diferentes ropajes procesales, sin perder su identidad conceptual. En este marco, la caracterización del abuso del proceso, presenta un doble enfoque.

Puede manifestarse en forma individual, ya sea referido a un acto procesal o general abarcando toda la extensión del proceso.

Esta especie de patología jurídica se da cuando se utilizan las estructuras procesales para obtener ilegalmente más de lo que la ley concede o de lo que la ley no concede. La figura del art. 1071 C.C., ingresa así en forma excepcional y subsidiaria a las estructuras procesales [48].

La doctrina se ha preocupado por encontrar los criterios aptos para identificar el acto abusivo. En esta tarea, se han utilizado los conceptos que brinda la teoría general del derecho, para cuya caracterización utilizó dos criterios: el subjetivo y el objetivo. El primero, pone énfasis en el elemento interno volitivo de quien ejecuta el acto, y que se verifica en la «intención de perjudicar». El abuso, supone un ejercicio del derecho con culpa o dolo por parte de su titular. En una postura menos contundente, el abuso consiste en el ejercicio del derecho sin interés o utilidad [49].

El segundo criterio conocido como «objetivo», parte de una directriz signada por un sentido finalista; es decir, el abuso consiste en el ejercicio de un derecho contrario al fin económico y social del derecho; el abuso,

(48) Perrachione, Mario, «¿Cuándo el principio que veda el abuso del derecho contemplado en el art. 1071 C.C., es aplicable al proceso?», S.T. 86-2002, p. 182

(49) Las posturas son explicitadas por Llambías, en la obra citada, p. 300

entonces importa un ejercicio opuesto al fin de la institución y se define por un ejercicio contrario a la moral [50].

En contrapunto con las posturas sustanciales reseñadas, otro sector de los autores, distingue al acto abusivo desde el punto de vista «funcional». De tal modo, resulta innecesario relevar el factor subjetivo. Ello sucede cuando existe un marcado apartamiento del acto con los fines queridos por el legislador. De este modo, se configura como un acto abusivo cuya característica principal es la de ser marcadamente «antifuncional». Por consiguiente, se manifiesta como un acto desviado; es decir, presenta una dirección contraria a lo estatuido por la ley.

Para que se configure el abuso del derecho en el ámbito procesal deben reunirse ciertas condiciones: 1) que se ejercite una prerrogativa-facultad o potestad procesal; 2) que se observe una desviación del fin con el cual esa facultad prerrogativa o potestad fue conferida por la ley; 3) que dicha conducta no se encuentre prohibida por ninguna norma procesal [51].

En materia procesal la conducta abusiva puede provenir no sólo de las partes, de los terceros y de sus auxiliares, sino del propio juez. Al respecto, se ha señalado que podría configurar esta última situación cuando el órgano jurisdiccional incurre en un exceso de rigor formal que redunda en negación de justicia.

Por lo tanto, será el sujeto perjudicado por el acto abusivo quien deberá solicitar la corrección o, excepcionalmente, el juez de oficio podrá declarar abusivo al acto procesal.

Cabe destacar, que el acto no sólo debe ser desviado sino que, además, debe generar un daño. Así, por ejemplo, aquel se configura con la denominada «dilación» o «retardo injustificado», que produce el acto, durante el curso del proceso o cuando se exige la aplicación a ultranza de una norma procesal en desmedro del derecho de defensa incurriendo de este modo en un exceso ritual manifiesto.

Las conductas procesales abusivas son frecuentemente reguladas y sancionadas por la legislación de la materia bajo diferentes denominaciones

(50) Llambías, ob. cit., p. 300; en sentido similar, reseña en Salas, Trigo Represás, López Mesa, *Código Civil Anotado*, t. 4 A, p. 487

(51) Perrachione, Mario, ob. cit., p. 182.

pero, como dichas conductas son innumerables, la imaginación fecunda del legislador nunca podría superar el ingenio demoníaco de los sujetos intervinientes en el proceso, ingenio que va desde la simple paciente astucia del que espera el primer traspié del adversario para sacar ventaja hasta el que comete para ello un hecho delictuoso; dentro de estos extremos la gama de conductas abusivas es infinita, por ejemplo, promoción maliciosa de incidentes, excepciones o recusaciones con el solo fin de dilatar el proceso [52].

Sin embargo, se ha sostenido que si bien la doctrina del abuso del derecho «*ha hecho carrera bajo diversas denominaciones, tales como: ejercicio abusivo de los derechos, abuso de los textos legales, acto emulativo, acto abusivo disimulado bajo la apariencia del ejercicio del derecho, etcétera; todavía, media cierta renuencia a incorporarla como precepto general en el seno del proceso civil argentino*» [53].

La reticencia señalada es propia de toda institución «novedosa» en un sector jurídico: «*cuando se debe trasplantar una noción nacida en otros ámbitos, la teoría del abuso del derecho puede y debe ser objeto de algunos ajustes cuando se pretende otorgarle vigencia en el campo del proceso civil*» [54]. Por ello, se ha dicho que, «hoy en día no se puede negar la existencia y vigencia del instituto del abuso de derecho en el ámbito del proceso». Si bien esta doctrina, aun no presenta consagración legislativa completa, sí podemos sentar que ella subyace en normas dispersas a lo largo de los articulados del código, aunque en rigor se garantiza por la vigencia de los principios de moralidad, lealtad y buena fe procesal.

Para concluir, es menester señalar sobre la necesidad de que la regulación de las conductas abusivas supere la etapa del casuismo proporcionando un instrumento adecuado para la sistematización de la cuestión, pues las afirmaciones científicas deben ser generales y no simples afirmaciones sobre casos particulares o aspectos parciales de un género. Debe procurarse que los enunciados sean universales o sea que las afirmaciones cubran todos los casos posibles sin excepción [55].

---

(52) Perrachione, Mario, «¿Cuándo el principio que veda el abuso del derecho contemplado en el art. 1071 C.C., es aplicable al proceso?», Sem. Jur., t. 86, p. 182

(53) Peyrano, Jorge W., «Abuso del proceso y conducta procesal abusiva», en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 16, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe

(54) Peyrano, Jorge W., ob. cit.

(55) Perrachione, Mario, ob. cit., p. 182

3 Reglas del proceso. Impulsión, preclusión y adquisición

El derecho procesal reconoce fundamentos constitucionales, principios jurídicos políticos y sus instituciones fundamentales obedecen a las reglas técnico-jurídicas que le son propias y exclusivas.

Estas reglas se manifiestan como máximas que limitan o condicionan el actuar de los sujetos procesales; por ello, se ha dicho «que son las condiciones que conforman técnica y estructuralmente la actividad de aquellas personas y sujetos procesales».

Siendo el proceso una estructura técnica que debe avanzar necesariamente hacia un fin, debe vincularse necesariamente a este concepto esencial, la idea de actividad. Esa actividad en el proceso se realiza por el impulso que imparten los sujetos procesales. En tal sentido, cabe señalar, que rige en todo el ámbito procesal del *ne procedat iudez ex officio*, esto implica que el inicio del trámite nunca puede ser realizado por iniciativa del juez sino que éste debe ser requerido por algún otro sujeto. De tal modo, en el proceso civil el impulso inicial lo realizan las partes a través de la demanda; igual sucede en el proceso laboral y familiar. En tanto, que en el proceso penal el requeriente es el ministerio público fiscal sin cuya iniciativa e impulso no puede iniciarse el trámite.

La regla del impulso requiere para su mejor entendimiento la distinción entre impulso inicial del trámite e impulso posterior. Como se dijo, el impulso inicial debe ser realizado por un sujeto diferente del juez, el impulso posterior puede estar a cargo de las partes, del ministerio público, del imputado o por el mismo órgano jurisdiccional.

La regla del impulso procesal generalmente está delimitada por plazos procesales. Así, generalmente, de ordinario en el trámite se diferencian etapas y dentro de ellas, a su vez, se presentan diferentes actividades que deben ser promovidas según sus características por cada sujeto procesal.

Por último, debe distinguirse el impulso privado propio del trámite civil del impulso oficial característico de los procedimientos que involucran una razón de orden público. Este último, el impulso oficial, se manifiesta como el poder-deber del juez para realizar, con independencia de la actuación de las partes todos los actos procesales que integran la trama hasta la finalización del trámite que culmina con el dictado de la sentencia.

La actividad procesal se encuentra gobernada por reglas que son derivaciones lógicas de los principios fundamentales del proceso civil.

Es así, que el proceso se desenvuelve según dos reglas contrapuestas, la de preclusión procesal y la de secuencia discrecional. Como reglas intermedias la doctrina sitúa las conocidas como «adaptabilidad» y de «elasticidad procesal» [56].

La regla o principio de la preclusión impide que el proceso se retrotraiga a estados o etapas que se encuentran superadas o que se reproduzcan actos procesales ya cumplidos o que no tuvieron cumplimiento en el orden establecido por la ley [57].

Se trata de un regulador del trámite procesal y tiene operatividad tanto para las partes como para el tribunal. Ello significa que ninguno de los sujetos procesales pueden actuar en contradicción con esta regla, funciona como un obstáculo o impedimento a la marcha discrecional del proceso. Por ello, se ha dicho que la actividad procesal debe realizarse dentro de los límites fijados por la ley, pues de lo contrario, un postulado de consunción procesal despojaría de efectos útiles a la actividad realizada fuera del orden establecido» [58]

Cada actividad procesal destinada a una finalidad específica debe ser cumplida en un momento determinado; de otro modo, la actividad no sería susceptible de producir efectos útiles.

Esta regla «*propende a obtener una definitiva estabilidad jurídica con respecto a las situaciones procesales ya alcanzadas, impidiendo el retroceso arbitrario o carente de fundamento serio, y la actuación contradictoria con la ya cumplida (incompatibilidad) expresa o tácita*» [59].

La efectiva vigencia de la preclusión se garantiza a través de las sanciones procesales de nulidad o de inadmisibilidad. Sucede lo primero, cuando el acto procesal se cumple en inobservancia a la preclusión, por ejemplo, cuando se formula una liquidación final del pleito, apartándose de lo establecido en la sentencia y de este modo se vulnera la cosa juzgada.

---

(56) Couture, citado por Clariá Olmedo, ob. cit., t. II, p. 81
(57) Díaz, Clemente H., ob. cit., t. I, p. 365
(58) Díaz, Clemente, H., ob. cit., p. 366
(59) Clariá Olmedo J., ob. cit., p. 82.

En cambio, se aplicará la sanción de inadmisibilidad, cuando se intente realizar un acto procesal, una vez vencido el plazo fijado por la ley para ello -en caso del plazo perentorio fatal- o cuando se hubiere declarado la pérdida del derecho a petición de parte.

La preclusión consiste también en una limitación del poder de las partes para la realización de la actividad, ya que el sujeto pierde su facultad por extinción o por consumación de ella. Es que la preclusión consiste en la pérdida o extinción de una actividad procesal por haberse alcanzado los límites impuestos por el legislador para el ejercicio de las facultades procesales de las partes.

La preclusión siempre opera en los procesos, independientemente, del tipo procesal de que se trate; sin embargo, en su extensión y efectos, puede acusar diferencias.

La regla de la adquisición procesal establece que el resultado de la actividad realizada durante el trámite se adquiere para el proceso y no puede ser invocada para el beneficio particular de alguna de las partes no teniendo relevancia al respecto quién la ha producido, quién la ha ofrecido, quién la ha aportado o quién la ha alegado. Es que la actividad procesal y el material de conocimiento responde a un fin común y puede ser aprovechado por cualquier sujeto con independencia de quien la origina.

Clemente Díaz, señala que la aplicación de la regla de la adquisición son numerosas en el proceso y a tal efecto puede indicarse entre las principales: a) la alegación desfavorable para la propia parte: la alegación de la parte puede ser adquirida por el juez para fundar una sentencia contra el interés de aquella, b) la pregunta del interrogatorio importa confesión del hecho: *Qui ponit fate tur*. Cada posición importará para el ponente el reconocimiento del hecho a que se refiere; c) la declaración del testigo vale incluso contra su propio proponente, la respuesta del testigo se adquiere para el proceso, d) no es procedente ni admisible el desistimiento de una probanza producida por el hecho que perjudique a su proponente [60]

Por último, cabe señalar, que la regla de la adquisición tiene mayor trascendencia respecto a la actividad probatoria, sin embargo, su amplitud alcanza también a los otros estadios del proceso y por cierto a otras actividades.

---

(60) Díaz, Clemente H., ob. cit., t. I, ps. 382/383.

CAPITULO V

Jurisdicción

Sumario: 1. La función judicial del Estado. 2. Jurisdicción. Concepto. 3. Caracteres. 4. Elementos (clásicos y modernos). 5. Límites. 6. Objeto de la jurisdicción.

1. La función judicial del Estado

La función judicial nace con motivo de la prohibición de la defensa propia de los intereses; ante ello, el Estado moderno impone que sea un tercero quien intervenga en la resolución de los conflictos entre los particulares, y esta actividad es desempeñada por una persona distinta de los propios interesados.

De esta manera, la función judicial está atribuida al Poder Judicial, pero, cabe señalar, que la separación entre los poderes del Estado no es absoluta. Por ello, ciertos actos de los jueces suponen la concurrencia de facultades administrativas y legislativas y, además, el Poder Ejecutivo y el Legislativo ejercen en algunos casos actos de jurisdicción [1]

Para precisar esta acepción técnica debe tenerse en cuenta, en primer lugar, el tipo o régimen imperante en las sociedades modernas. En ellas, las normas jurídicas desempeñan un papel primordial y de su naturaleza y

(1) Alsina, Hugo, ob cit , t II, p 417.

carácter deriva la función jurisdiccional. Sin embargo, cronológicamente, la actividad judicial precedió a la legislativa, y antes de toda legislación, se planteó entre los hombres la necesidad de tener jueces, los que siendo en un principio libres para hacer sus juicios, han podido con su obra formar reglas jurídicas [2].

Se organiza así jurídicamente el Estado moderno y su fundamento gira en torno a dos ideas íntimamente vinculadas, que son, Estado de derecho y Estado constitucional.

El Estado de derecho supone que las conductas de los particulares se encuentran regladas atendiendo al interés de la colectividad y para la protección de los derechos subjetivos a fin de preservarlos de acciones que impliquen su desconocimiento o menoscabo. En otras palabras, la libertad de los individuos se regula en aras de asegurar el orden social y el uso y goce de sus bienes, y para que el disfrute de unos no redunde en detrimento de otros. Cada miembro de la comunidad debe adecuar su conducta a un mandato general y abstracto que lo condiciona al establecer pautas de actuación (orden sustancial). Las actividades de los individuos resultan, entonces, acotadas por la ley, pero ello no es suficiente para su vigencia y efectividad; es menester, además, el establecimiento de un poder que tenga la aptitud de mantenerlas dentro de los límites que la organización supone.

Por eso, en general, el Estado moderno se estructura en base a tres poderes fundamentales: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, a los que se les atribuyen las funciones específicas: de legislar, de administrar y de resolver conflictos, respectivamente [3]. Las funciones primarias de cada poder son las siguientes: 1) la que determina el orden jurídico en su quietud mediante la previsión de normas abstractas de derecho que regulan las relaciones entre los individuos (legislativa); 2) las que tienden a mantener ese orden jurídico, restableciéndolo cuando es alterado (judicial) y 3) las que proveen a la satisfacción de las necesidades generales de seguridad, cultura y bienestar (ejecutiva).

---

(2) Haro, Ricardo. *La competencia federal*, Depalma, Bs. As., 1989, p. 3

(3) Díaz, Clemente, *Instituciones de derecho procesal*, t. II, «Jurisdicción y competencia», vol. A, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972.

[illegible]ón de poderes es uno de los principios fundamentales [illegible] cual se asienta el sistema republicano de gobierno. Pero, en rig[illegible] una división de funciones, en la que se otorga al Poder Judic[illegible] [illegible] de administrar justicia. Así, la función jurisdiccional es atribuid[illegible] [illegible] Constitución al Poder Judicial, es decir, a los jueces. El Esta[illegible] [illegible]ante órganos públicos, quienes operan la subsunción de [illegible] particulares afirmados y aceptados, a las normas concretas [illegible] positivo, en una sentencia que resuelva el caso [4].

[illegible] el Estado al organizar políticamente la sociedad provee [illegible]limiento de estas tres funciones, que si bien se perfil[illegible] [illegible]icamente, se manifiestan con zonas grises que dificultan much[illegible] [illegible] una categórica diferenciación, si se tiene en cuenta, solamen[illegible] [illegible] punto de vista orgánico.

Cabe señalar, por ejemplo, que no toda función judicial es [illegible]mendada a los órganos del Poder Judicial. Esto resulta así ya que [illegible]dable que también es ejercida por organismos administrativos y [illegible]nos casos por el propio órgano legislativo [5]. Ejemplo del prim[illegible] [illegible]uesto, lo constituyen la facultad de imponer sanciones que se oto[illegible] [illegible] tribunales administrativos de Faltas cuando se infringen determinad[illegible] [illegible]nanzas; también realiza funciones similares a las judiciales, el Sena[illegible] [illegible]ando tiene lugar el juicio político a funcionarios. A la inversa, [illegible] [illegible]bunales estrictamente judiciales en muchas oportunidades realiz[illegible] [illegible]tividades diferentes que se asemejan a las de carácter administrativ[illegible] [illegible]ativo. Tal sucede, por ejemplo, cuando el Tribunal Superior desig[illegible] [illegible]ionarios o empleados, o cuando dicta acordadas para el me[illegible] [illegible]onamiento de los tribunales

Para deslindar las funciones del Estado se acude a diferentes criteri[illegible] [illegible]gánico, y el funcional o teleológico [6]. El orgánico que es el m[illegible] [illegible]sta, caracteriza la función teniendo en cuenta el órgano del Esta[illegible] [illegible] realiza. Según esta teoría la función legislativa es la que ejerce [illegible]ano legislativo, la función ejecutiva es la que le compete al Ejecutiv[illegible] [illegible]cial la que se desenvuelve ante el órgano jurisdiccional.

---

(4) Podetti, Ramiro J., *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del pr*[illegible] [illegible]diar, Bs. As., 1963. *Tratado de competencia*, Ediar, Bs. As., 1954

(5) Palacio, Lino, *Manual de derecho procesal*, p. 95, completar

(6) Vescovi, Enrique, *Teoría general del proceso*, Temis, Bogotá, 1984, p. 119.

Desde otro punto de vista, el criterio funcional o teleológico, se las distingue teniendo en cuenta el «contenido» de este poder, para lo cual tiene relevancia el estudio de la función o fines de la jurisdicción. Ello así, el fin inmedito de la jurisdicción es suceptible de sintetizarse en una fórmula genérica y que expresa su *ultima ratio*: «la efectiva tutela jurídica». Es que, con el objeto de cumplir sus fines debe abordar una temática amplia y cuyos límites aún no están definitivamente establecidos. Para analizar el criterio funcional, cabe distinguir la función judicial desde un punto de vista amplio o restringido. Este último, se identifica con lo que denominamos función estrictamente jurisdiccional [7]. Así, la función judicial, en sentido amplio, es aquella que cumple no sólo el órgano jurisdiccional sino también los integrantes del ministerio público. En este sentido, se reserva el vocablo «jurisdiccional» para especificar la tarea de los jueces.

En otro orden de ideas, Guasp señala que para obtener una noción precisa de la función jurisdiccional hay que renunciar a toda idea que no parta de la *congruencia que existe entre jurisdicción y proceso*, pues ambos conceptos son correlativos y cualquiera de ellos implica necesariamente el otro. De tal modo, se considera la jurisdicción, o administración de justicia en sentido estricto, a la *función específica estatal por la cual el poder público satisface pretensiones* [8].

Cabe señalar, que las garantías constitucionales, delimitan y puntualizan el sistema de administración de justicia y otorgan de este modo legitimidad en su actuación. La estructura se conforma por órganos mediante los cuales se exterioriza una voluntad concreta y, a la vez, realizan funciones encaminadas al cumplimiento de sus finalidades esenciales. A tal fin, se reciben en el texto constitucional, ciertas reglas, tales como la independencia del Poder Judicial, la no injerencia de otros poderes y el derecho a la jurisdicción. También se vinculan a ella otros principios fundamentales que nutren al derecho procesal y que legitiman la función de administrar justicia; ellos, son la regla del juez natural, inamovilidad de los jueces y, por último, la de juicio previo

---

(7) Clariá Olmedo, Jorge, «Jurisdicción», J.A., Diario N° 4656, del 18/12/1974, *Derecho procesal*, t. I, Depalma, Bs. As., 1982

(8) Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, t. I, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, p. 108

Adquieren especial relevancia, en este aspecto, ciertas normas que se enderezan a asegurar la total independencia del Poder Judicial. Se trata de una independencia jurídica, que significa la no subordinación de un poder a otro y esta regla apunta a garantizar la imparcialidad del Tribunal.

En este sentido, cabe resaltar, que la relación entre los distintos poderes es de mutuo control a través de mecanismos fijados por la normativa constitucional. Ello se traduce en disposiciones como la que veda al Congreso de la Nación de otorgar atribuciones judiciales al Poder Ejecutivo (art. 29 C.N.). Asimismo, también, se verifica en la regla por la que se prohíbe al Presidente de la Nación ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas (art. 109 C.N.). La independencia del Poder Judicial también se concreta por las normas que se refieren a la garantía de inamovilidad de los jueces, que encuentra recepción en el art. 110 C.N. y arts. 154 y 155 Const. Pcial. Estas cláusulas garantizan la estabilidad a los jueces en sus cargos mientras dure su buena conducta.

Es ínsita también a las garantías de la jurisdicción el postulado del juez natural, conforme lo prescripto por el art. 18 C.N.. Esta cláusula hace referencia al órgano judicial que tiene por misión administrar justicia, esto es, conocer y resolver el caso presentado. En esta idea, son considerados como tales y, por ende, responden al mandato, los tribunales constituidos conforme las disposiciones de la Constitución y con competencia atribuida de antemano por la misma constitución o por las leyes reglamentarias. También integran este rubro, las reglamentaciones que establecen la forma de designación, integración y funcionamiento de los respectivos órganos juzgadores [9].

Puede decirse, entonces, que la jurisdicción se ejerce conforme al marco constitucional y a las leyes adjetivas que determinan el cómo, el cuándo y la forma de actuación de los órganos por los cuales ella se exterioriza, sin perjuicio de que en ciertos casos resultará armonizado con disposiciones instrumentales contenidas en los códigos de fondo.

Otra manifestación de la función jurisdiccional, se vincula con el aspecto «organizacional». En este sentido, se pone acento en la necesidad

---

(9) Clariá Olmedo, Jorge, «Jurisdicción», J.A., diario N° 4656, del 18/12/1974, *Derecho procesal*, t. I, Depalma, Bs. As., 1982.

de sistematizar el «saber organizacional», que conduce a dotar de autonomía al denominado «derecho procesal organizacional». Es útil recordar que el desarrollo científico obedece al impulso de la necesidad, antes que al de la voluntad y creatividad de los investigadores.

Resulta gráfica la *quote* (10), en el sentido de que, frente al avance de otras disciplinas, el derecho y sus operadores -jueces y abogados- siguen sirviéndose de «armatostes medievales que tienen el don de la espectacularidad (en tanto erudición) pero no de la eficacia».

Ante las disfunciones que presenta el sistema judicial, es que se impone el desafío de avanzar a un nuevo modelo de justicia desburocratizada a partir de reformas organizacionales que dejen de lado prejuicios formalistas

El diagnostico que se hace, pone de relieve los males que aquejan al proceso civil y comercial, v.gr., rigurosamente escrito, excesivamente dispositivo, formalista, etcétera. Por ejemplo, lo mismo sucede con el apego a viejos sistemas que han sido superados en el proceso penal, tales los basados en el trámite escrito o con plena vigencia del inquisitvo. Por último, puede señalarse como falencia la falta de tribunales especializados en materia familiar y laboral.

Si efectuamos un paralelo, se advierte que las reformas legislativas que se emprendieron en América latina, no han sido acompañadas de los correspondientes cambios institucionales. Lo apuntado, no sólo apareja inconvenientes para lograr una eficiente administración de justicia, sino que conforma sólo una arista de un problema mayor, susceptible de ser analizada en la visión de un prisma, teniendo en cuenta factores que influyen en ella, tales como económicos, institucionales y científicos. No analizaremos, por obvio, las carencias del sistema económico financiero; señalaremos sí el institucional, que se traduce en una enraizada falta de confianza ciudadana en la labor de la justicia. Por último, tendremos en cuenta el factor científico que se vincula con lo referido a la velocidad de los cambios tecnológicos, y se vincula con la falta de certidumbre que gobierna el sistema social. Así, se ha señalado que el país está saturado de *doxa* (opiniones) y vacío de *episteme* (ciencia) (11).

(10) Muñoz Sabaté, Luis, «Técnica probatoria», Formularios, Barcelona, 1993, p. 16.

(11) Quiroga Lavié, Horacio, «La formación del derecho procesal organizacional», p. 87 y s.s., Ed De la Honorable Cámara de Diputados de la Pcia. de Buenos Aires, 1999.

El moderno pensamiento del denominado derecho procesal organizacional referido al Poder Judicial supone: avanzar hacia una estructura funcional de la Justicia argentina, ajustándola a fin de alcanzar lo que se ha dado en llamar la «calidad total» en el servicio. Esta corriente enfatiza como pauta fundamental el cambio en las normas de organización y no tanto los códigos de procedimiento o leyes adjetivas

2. Jurisdicción. Concepto

El vocablo «jurisdicción» es utilizado en el ámbito jurídico procesal con distintos significados y, pocas veces, con el acertado. Así, equivocadamente, es empleado para designar: el ámbito geográfico en el cual el Estado ejerce su soberanía; el territorio en el que un órgano judicial administra justicia; también, como el conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos públicos y, por último, otorgándole el sentido técnico adecuado de función pública de hacer justicia (12).

Etimológicamente, proviene de la raíz latina *juris dictio* que significa «decir el derecho», noción que no se compadece con la moderna doctrina que le asigna, además, la función de ejecutar lo decidido (13)

Creemos que en una versión más completa, objetiva o material, el concepto de jurisdicción impone el estudio de los elementos que lo integran, la puntualización de sus caracteres y de sus límites y la identificación de las demás condiciones que le tipifican como tal.

En una concepción clásica, Chiovenda expresa que la jurisdicción es una función del Estado porque es *una función de la soberanía del Estado,* como poder inherente a él, ordenando la organización de todos los ciudadanos para el cumplimiento de fines de interés general (14).

También se la ha conceptualizado como la potestad -atribuida por la Constitución a un órgano específico del Estado y disciplinada por el derecho procesal- de investigar la verdad y actuar en concreto la ley

(12) Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil,* Depalma, Bs. As., 1978

(13) Vescovi, Enrique, *Teoría general del proceso,* Temis, Colombia, 1984

(14) Chiovenda, Giusepe, *Principios de derecho procesal civil,* t I, Instituto Ed Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones S.A., Madrid, p. 338

sustantiva, que se ejerce, definitivamente, cuando el Tribunal decide el caso singular sometido a proceso y ejecuta la sentencia firme [15].

La función jurisdiccional en sentido amplio comprende, según hemos apuntado, la creación y constitución de los órganos encargados de administrar justicia, la determinación de sus facultades y la fijación de las reglas para la tramitación de los juicios.

Pero, además, la palabra «jurisdicción» tiene un sentido restringido y se refiere, concretamente, al poder o facultad conferido a ciertos órganos para administrar justicia en los casos que les son presentados. Así, el Estado otorga a estos órganos una capacidad abstracta integrada por elementos propios, que permiten diferenciarla de otras actividades ejercidas también por el mismo órgano pero que no les son estrictamente propias. Tal sucede, por ejemplo, con las funciones de superintendencia, de designación de empleados, del dictado de acordadas, etcétera.

Por ello, más precisamente, ha sido delimitada la actividad jurisdiccional como un *«poder-deber» del Estado político moderno, emanado de su soberanía, para dirimir mediante organismos adecuados, los conflictos de intereses que se susciten entre los particulares y entre éstos y el Estado, con la finalidad de proteger el orden jurídico* [16].

En nuestro concepto la jurisdicción es, entonces, un poder-deber de ejercicio obligatorio, ejercido por el Estado a través de órganos específicos a fin de dirimir mediante resoluciones fundadas las cuestiones litigiosas que les son sometidas por los justiciables.

Afirmamos que se trata de un «poder-deber» como potestad y, además, porque su ejercicio es obligatorio. Participa de la categoría procesal denominada «sujeción impuesta», ya que los jueces no pueden dejar de resolver cuestiones so pretexto de silencio u oscuridad de la ley. Es que está prohibido el *non liquet* [17].

La jurisdicción es un poder al igual que el de acción y el de excepción con los cuales se conjuga armónicamente. Estos poderes (acción, excepción y jurisdicción), como se sabe, son los denominados poderes de realización del derecho procesal, que actúan en el trámite con un mismo origen aunque con características diferentes. El ejercicio de la

(15) Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Marcos Lerner, Cba., 1982, p. 25.
(16) Díaz, Clemente, *Instituciones de derecho procesal*, t. II A, Bs. As., 1972, p. 74.
(17) Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho procesal*, t. I, Depalma, Bs. As., p. 171.

acción y de la excepción implica poner en actividad poderes que exhiben pretensiones subjetivas de las partes y se manifiestan como simples o meras facultades o eventualmente, como cargas procesales. La jurisdicción, en cambio, se presenta como el poder de actuación de un órgano público con un criterio objetivo de justicia.

Se trata de un «poder-deber» porque la función jurisdiccional es una manifestación de un poder del Estado, que la ejerce en forma exclusiva y monopólica. Constituye una potestad y, a la vez, un deber, porque no se administra facultativamente sino que, presentado el supuesto de actuación, el Estado tiene que actuar en forma imperativa. Por ello se ha dicho: es un poder y su ejercicio no es facultativo sino obligatorio. El órgano jurisdiccional tiene como misión resolver los casos concretos que les son presentados por los particulares. En esto se diferencia del Poder Legislativo cuya misión fundamental es la de prever normas que establecen hipótesis generales y abstractas de conducta.

Por otra parte, nuestro sistema jurídico procesal, consagra el principio de oficialidad. Por este motivo, la realización coactiva del derecho ha sido por regla general desplazada de los particulares al Estado. Ello implica, realización indirecta del derecho, que como se ha dicho se efectúa a través del proceso judicial.

Es deber del Estado proveer a una administración de justicia y establecer órganos judiciales personificados en la figura del juez, o Tribunal. Por ello, la jurisdicción es detentada el Estado en forma monopólica y, es consecuencia, de la prohibición que pesa sobre los particulares de hacerse justicia por su propia mano. En consecuencia, la autodefensa encuentra un ámbito limitadísimo de posibilidad jurídica, y sólo es permitida dadas ciertas condiciones excepcionales, que la misma ley señala y precisa. Por otra parte, cabe destacar, que la realización directa y voluntaria sólo es posible cuando los derechos subjetivos son disponibles. En caso de tratarse de derechos indisponibles o que rozan disposiciones del orden público, debe intervenir necesariamente la jurisdicción a fin de consolidar determinadas situaciones.

El derecho procesal, el proceso y la función jurisdiccional son instrumentos para la realización indirecta y coactiva del derecho sustancial. El ejercicio de la función jurisdiccional requiere la existencia de un «caso concreto» que se presenta a la manera de un conflicto de intereses. Este es el ámbito de actuación de los órganos jurisdiccionales, por cuanto el juez no pude emitir declaraciones abstractas, ni dictar decisiones

normativas relativas a conflictos de derecho [18]. Sólo se lo autoriza a resolver mediante sentencia, las cuestiones concretas que les son sometidas y, eventualmente, hacer cumplir sus decisiones.

La sentencia es el acto jurisdiccional por excelencia y que pone fin al pleito. Pero es de hacer notar que la función jurisdiccional es mucho mas amplia y no se limita al dictado de la sentencia sino que se ejerce a lo largo de todo el proceso a través de diferentes manifestaciones (decretos, autos o sentencias interlocutorias y proveídos en general). Comprende desde el acto inicial de simple admisibilidad formal de la demanda hasta la decisión final sobre el fondo de la cuestión planteada. El deber de pronunciarse reconoce como fuente legal, lo normado por el art. 15 C.C. [19] En este aspecto, se diferencia la jurisdicción de los otros poderes, ya que, por ejemplo, el de acción se presenta en el procedimiento civil y familiar como una simple facultad. Dicha pretensión admitida por el tribunal se transforma en carga, pues pesa sobre el peticionante el deber de impulso subsiguiente. En tanto, que dentro del campo del derecho disponible el poder de excepción concebido en el sentido amplio de defensa se manifiesta inicialmente como una carga procesal que puede con el devenir o transcurso del proceso transformarse en una mera facultad. Piénsese, por ejemplo, que ante la existencia de un ilícito civil el titular de la pretensión no esta obligado a demandar; por el contrario, tiene una simple facultad o mera facultad de hacerlo. Sin embargo, si plantea su pretensión ante un juez y es admitida se transforma, esto es, pesa sobre el actor requirente a partir de ese momento una carga procesal de impulso posterior hasta la finalización del juicio. Es que si así no lo hiciera podría producirse la perención o caducidad de instancia con sus correspondientes consecuencias. Por su parte, el demandado, puede o no defenderse, es decir, ejercer la excepción en sentido amplio, pero esta posibilidad implica una carga procesal con dos manifestaciones: la primera, es la de comparecer y constituir domicilio dentro del radio y si así no lo hiciere constituirá una hipótesis de rebeldía y el juicio continuará como si estuviera presente (art. 88 C.P.C. y art. 110 C.P.C.). La segunda, está dada por la carga de contestar la demanda en los términos que la ley le autoriza (art. 192 C.P.C.). Esta no es una obligación

(18) Díaz, Clemente, ob. cit., p. 85.

sino sólo un imperativo de su propio interés y si opta por una actitud omisiva generará una presunción en su contra.

En el ámbito del proceso penal este sistema de deberes, derechos, cargas y facultades se presenta de manera diferente. Cabe señalar, en primer lugar, que rige la regla del ***ne procedat iudex ex officio***, es decir, que también para el inicio de una investigación penal hace falta un impulso o requerimiento. Es que ante la noticia *criminis*, comunicada en la forma que la ley establece, debe el funcionario penal, generalmente el ministerio fiscal, ordenar todas las medidas preparatorias a fin de poder, oportunamente, plantear adecuadamente la pretensión que se plasma en la acusación (art. 29 y art. 355 C.P.P.).

Advertimos que el poder de jurisdicción muchas veces no se agota con la sentencia y puede, eventualmente, requerirse una actividad posterior tendiente a garantizar el cumplimiento de lo condenado. Esto es lo que se denomina «etapa de ejecución de sentencia» y que presenta diferentes características según sea el tipo de pronunciamiento de que se trate.

Por último, cabe señalar, que el fin de la función jurisdiccional es la de proteger el orden jurídico preestablecido. Por ello, al existir algún quiebre de ese orden sustantivo-formal es misión del órgano judicial la de restablecerlo por medio del proceso judicial. El imperio de la ley se mantiene por la función del órgano jurisdiccional que señala lo correcto o incorrecto en cada caso (legal-ilegal).

Por último, expresamos que la jurisdicción además de constituir una facultad o poder es un servicio público, en cuanto importa el ejercicio de una función pública. El juez no dispensa justicia ni procede arbitrariamente, sino que su actividad está reglada por normas imperativas.

3. Caracteres

Del análisis del concepto de jurisdicción se advierten ciertos aspectos que le confieren ribetes propios y que pueden sintetizarse así: la jurisdicción es pública, es única, es exclusiva y excluyente, es indelegable y, por último, también es inderogable.

La jurisdicción es *pública* porque la ejercen órganos del Estado de ese carácter que instruyen el proceso mediante requerimientos. Este acto promotor inicial puede ser efectuado por particulares en el proceso civil, familiar, a través del acto promotor propio: la demanda. En cambio, en el proceso penal el acto promotor es efectuado por un funcionario del Estado, generalmente, el ministerio público fiscal.

La función jurisdiccional se manifiesta como una potestad que deriva de la soberanía del Estado, quien delega en organismos especialmente investidos a tal efecto la función primordial de administrar justicia resolviendo el caso concreto. Por otra parte, el carácter público de la función se manifiesta por los fines públicos de pacificación social que ella persigue.

La función jurisdiccional es *«única»*. Esta unicidad de la jurisdicción ha sido consagrada en forma explícita en la Constitución de la provincia de Córdoba. En efecto, en el art. 153, se dispone que «el ejercicio de la función judicial corresponde exclusivamente al Poder Judicial de la provincia». Ello implica que se trata de un poder *«único»* sin perjuicio que esté integrado por un conjunto de facultades que se manifiestan en distintas oportunidades en el trámite procesal [20]. Por eso, no es posible fraccionar la función jurisdiccional desde el punto de vista dogmático. Sin embargo, señalamos que por aspectos prácticos vinculados con la eficiencia o de razonabilidad de la función se efectúa distribución de la jurisdicción con fundamento en la naturaleza de las cuestiones, el orden institucional establecido, la extensión del territorio, la necesidad de especialización, etcétera. Estos criterios fijados por el legislador tienen como sustento una mejor distribución del trabajo y permite la coexistencia de diferentes órganos jurisdiccionales en un mismo ámbito, que generan las denominadas «reglas de competencia».

La jurisdicción es *exclusiva y excluyente*; la exclusividad esta dada ya que solamente el Estado es quien está habilitado legítimamente para administrarla a través del tribunal como representante del órgano jurisdiccional. Es excluyente ya que repele toda interferencia que pueda realizarse respecto del ejercicio de la función jurisdiccional. La limitación opera tanto para los particulares, como para los otros poderes. Existe una ausencia de subordinación de poderes y está prohibida la intromisión en el actuar del órgano jurisdiccional.

(19) El art. 15 C.C., prevé: «Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes»

(20) Zinny, Jorge Horacio, «Jurisdicción (concepto, naturaleza jurídica y caracteres)», Cuadernos de los Institutos N° 117, Dirección General de Publicaciones, U N C., Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.

La jurisdicción es *indelegable*. Esto es así porque aunque cuando el Estado designa a un juez, ejecuta inicialmente una delegación reglada en este sujeto de la facultad de administrar justicia hasta su total agotamiento. Esta delegación resulta absolutamente intransferible para el juez al cual ha sido otorgada. Sin embargo, ello no impide que en ciertos casos, la ley autorice la delegación, en otros órganos jurisdiccionales, la comisión de medidas específicas por diferentes razones.

La jurisdicción, por último, es *inderogable*, lo que supone la no disponibilidad de su atribución en otros órganos. Ello es así ya que se trata de un poder-deber que proviene de la soberanía del Estado y, por ende, no puede ser modificado por voluntad de los justiciables. Pero puede señalarse, sin embargo, que en casos especiales la ley otorga a los particulares un reducido ámbito para elegir otros métodos para la resolución de su conflicto. Ello sucede, por ejemplo, con la institución del arbitraje y la regulación de otros medios alternativos de resolución de conflictos, por ejemplo, de la mediación, conciliación y negociación, etcétera. Es dable advertir que en estos casos la elección que realizan las partes tiene basamento en el consenso y sólo será posible si el asunto versa sobre derechos disponibles, esto es, que no afecten el orden público. En caso contrario, los conflictos necesariamente deberán ser presentados y resueltos por la jurisdicción oficial correspondiente.

4. Elementos (clásicos y modernos)

Considerada la jurisdicción como un poder-deber atribuido a ciertos órganos judiciales para administrar justicia en un caso concreto, necesita de ciertos elementos para su desenvolvimiento. Tradicionalmente, la posición clásica ha descompuesto a ese poder-deber en las siguientes atribuciones:

1. *Notio*. es la facultad conferida al órgano jurisdiccional para conocer una determinada cuestión litigiosa. Se trata de un poder que habitualmente ejercita el juez cuando le es presentado el caso. Ello ocurre en material civil, familiar y laboral ante la presentación de la demanda y se proyecta en las facultades de conocimiento de todo el trámite hasta el dictado de la sentencia. En el procedimiento penal esta facultad de conocimiento puede ocurrir antes del juicio propiamente dicho, esto es, durante lo que se denomina investigación penal preparatoria,

2. *Vocatio*: es la facultad o poder de llamar a las partes para que comparezcan o prosigan el juicio. En materia civil o familiar el juez convocará al demandado para que dentro del plazo fijado por el tribunal asuma su calidad. Ello importa una carga procesal, por lo que en caso de no hacerlo, la ley le atribuye al juez la facultad de ordenar la prosecución del juicio en rebeldía, esto es, como si estuviere presente (arts. 110 y 111 C.P.C.). Sin embargo, cabe destacar, que el incumplimiento de esta carga procesal no es motivo para que pueda ejercerse sobre el demandado fuerza física alguna. El actor también puede incurrir en contumacia cuando abandonare la instancia (art. 339 C.P.C.). En el proceso penal, la rebeldía es un estado de hecho en que se coloca el imputado en relación al trámite seguido en su contra. El perseguido debe intervenir ya que su participación importa una «carga pública». Por lo tanto, la rebeldía en el proceso penal constituye la actuación omisiva del imputado que se manifiesta en la negativa de comparecer eludiendo el poder estatal de perseguir primero y juzgar después. En rigor, la situación de rebeldía puede presentarse en cualquier momento procesal, sea al iniciarse la investigación penal preparatoria, en la etapa intermedia o durante el juicio o en la etapa impugnativa [21]. En materia penal la declaración de rebeldía produce diversos efectos, pero el más trascendente, es que el trámite sólo se suspenderá cuando deba declarar el imputado, por cuanto no puede haber acusación sin declaración del imputado (art. 86 a 88 C.P.P.).

3. *Coertio*: es la facultad para utilizar la fuerza pública a fin de hacer cumplir las resoluciones que se dicten con motivo del proceso y durante éste. Debe tratarse de medidas ordenadas durante el trámite a fin de garantizar su desenvolvimiento y que pueden afectar a personas o cosas. Por ejemplo, en materia civil la *coertio* se manifiesta, por ejemplo, con las facultades disciplinarias del juez que ejerce durante las audiencias (art. 56 C.P.C.); también en la aplicación de multas a terceros cuando han sido remisos en responder a los informes requeridos por el tribunal (art. 321 C.P.C.); por la orden de hacer traer a un testigo por la fuerza pública cuando no hubiere concurrido espontáneamente (art. 287 C.P.C.); por la posibilidad de ordenar el allanamiento de un domicilio para la ejecución de alguna

(21) Vivas Usher, Gustavo, *Manual de derecho procesal penal*, t. I, Alveroni, Cba., 1999, p. 372.

cautelar (embargo, secuestro, intervención de caja, etcétera.). La «*coertio*» en materia penal, se manifiesta por la facultad concedida al Fiscal de Instrucción de ordenar medidas necesarias para la concreción de la acusación. Sin embargo, estas facultades están restringidas y en algunas situaciones no puede disponerlas autónomamente. En efecto, puede el Fiscal de Instrucción en la etapa de investigación preparatoria ordenar requisas de lugares mediante orden escrita y a través de la Policía Judicial. Sin embargo, si para el cumplimiento de tal cometido resulta necesario allanar domicilio deberá requerir que lo ordene el juez de Control (arts. 203 y 204 C.P.P y art. 18 C.N., y art. 45 Const. Pcial.).

4. *Iudicium*: es el poder-deber de resolver, en definitiva, el litigio; este poder se manifiesta en la sentencia que pone fin al pleito y su efecto especial y trascendente es que adquiera autoridad de cosa juzgada. La sentencia es el acto jurisdiccional por excelencia que caracteriza más destacadamente la función jurisdiccional y en ella el órgano realiza un juicio lógico mediante el cual analiza los hechos y declara el derecho aplicable a la cuestión fáctica presentada por las partes. Esta facultad, también se ejerce cuando se dictan otras resoluciones que ponen fin al pleito, v.gr. al resolver sobre una perención de instancia, al homologar un allanamiento, etcétera.

5. *Executio*: es la facultad que posee el órgano jurisdiccional de hacer cumplir la sentencia. Es de destacar que la primera alternativa en el proceso civil está dada por el cumplimiento espontáneo por parte del condenado de la resolución jurisdiccional dictada por el juez. Si ello no sucediera y si dicha resolución se encontrara firme y ejecutoriada, puede previo requerimiento de parte procederse a su ejecución de acuerdo a los trámites establecidos y aun con el empleo de la fuerza pública. Conforme lo dicho ello se verifica, en el proceso civil siempre a petición de parte, cuando la decisión no es acatada espontáneamente por el condenado. En cambio, en el proceso penal la ejecución es dispuesta oficiosamente por el Tribunal. La *executio* constituye una atribución fundamental integrativa de las facultades del juez y que permite hacer efectivo el mandato sentencial; y resultara comprensiva de todas las actividades que se tengan que desplegar al efecto. Las actividades tendientes a la ejecución de la sentencia serán diferentes según el tipo de resolución. En tal sentido, la sentencia civil puede ser de carácter constitutiva, declarativa o de condena. En las sentencias declarativas o constitutivas la ejecución puede agotarse con el simple libramiento de un oficio, por ejemplo, para la inscripción de un dominio en el Registro General de Propiedades, con la inscripción de un

divorcio, de una filiación o adopción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. En cambio, si se trata de una sentencia de condena se abre un proceso ejecutivo especial tendiente al cumplimiento forzado de ésta. Por su parte, en el proceso penal la ejecución puede concretarse con la orden de arresto o con el traslado del imputado a un establecimiento adecuado, o con su liberación.

Cabe señalar, que el poder de jurisdicción si bien es de carácter único en la realización del trámite procesal se diversifica con diferentes manifestaciones. Por ello, es que la doctrina clásica y también la moderna señala que la jurisdicción es susceptible de ser analizada a través de distintos poderes que tiene para su servicio y para el cumplimiento de sus fines [22].

En la concepción actual, que no difiere mayormente de la clásica, los poderes de la jurisdicción son, el de decisión, de ejecución, de coerción y de instrumentación:

1. *Poder de decisión*. Este puede ser examinado desde dos puntos de vista, el formal o extrínseco y el material o intrínseco.

El primer enfoque tiene en cuenta la forma en que se expresa el órgano jurisdiccional en su facultad de juzgar. Vale decir, cómo se exterioriza la *juris dictio*. Ella se manifiesta a través de diferentes pronunciamientos: sentencias, autos interlocutorios y decretos. Las sentencias definitivas ponen fin al pleito; los autos interlocutorios, resuelven cuestiones incidentales que guardan vinculación con la tramitación, que se suscitan durante el curso de la litis. Los decretos tienden al desarrollo del proceso y permiten su avance por los diversos estadios hasta la decisión final y, a través de estas providencias, el juez conduce el proceso

Todas estas resoluciones deben ser dictadas cumpliendo las formalidades fijadas por la ley adjetiva al efecto. En caso de apartamiento de las exigencias instrumentales, la actividad puede ser impugnada, verbigracia, el supuesto de nulidad de la sentencia por violación de las formas y solemnidades (art. 362 C P.C.), en otros casos, la desviación formal puede conducir a la inadmisión de la acto de parte, piénsese en una demanda que no satisface los requisitos de la ley (art. 175 C.P.C.) que puede ser repelida por el tribunal u ordenado su saneamiento (art. 176

(22) Díaz, Clemente, ob cit., t. II A, p. 39

C.P.C.). En materia penal, los actos procesales serán nulos cuando no se hubieren observados las disposiciones expresamente prescriptas bajo pena de nulidad (art. 184 C.P.P.).

El segundo aspecto (material o intrínseco) se refiere al contenido del poder de decisión y se resume en el acto de autoridad dado por el juez, el que comprende un juicio y un mandato. Constituye un acto de autoridad ya que es una manifestación objetiva de un poder, que se plasma en el juicio: decisión. Pero la decisión jurisdiccional implica sobre todo la valoración de las circunstancias fácticas que serán subsumidas por el juez en normas jurídicas. El juez tiene el deber de emitir el juicio conforme a derecho, para lo cual debe explicitar los fundamentos que le han llevado a resolver en un sentido determinado con fundamentación lógica y legal. La motivación es un deber de la jurisdicción impuesto por la ley como garantía para los justiciables (art. 155 Const. Pcial.).

La decisión contiene también un mandato, que es la orden dada por el juez y que reviste el carácter de ser vinculante para las partes. Si la sentencia no es cuestionada, o si habiendo deducido impugnación, se encuentra agotada la instancia, adquiere firmeza y constituye el presupuesto necesario para la ejecución.

2. El *poder de ejecución* es entendido como la facultad que tiene el órgano jurisdiccional para producir actos coactivos tendientes a la realización práctica del interés tutelado sobre el cual ha recaído una afirmación jurisdiccional de existencia [23]. Sin embargo, este poder en materia civil sólo puede efectivizarse a instancia de parte interesada ya que por su ejercicio se satisface el interés subjetivo que obtuvo amparo en el mandato judicial. Esta atribución se manifiesta, como dijimos, en forma diversa según sea el tipo de sentencia cuya ejecución se pretende. Así, por ejemplo, podrá efectivizarse por la simple inscripción del pronunciamiento final en un registro, por la venta forzadas de bienes, etcétera. En materia penal los actos de ejecución se realizan oficiosamente por orden del tribunal.

Recordemos que por regla general, el poder de ejecución se manifiesta en actos compulsorios, verbigracia, embargo, secuestro, requisas, etcétera.

3. El *poder de coerción* consiste en la facultad conferida por la ley al juzgador para imponer sanciones a los sujetos que con su conducta obstaculicen la

(23) Díaz, Clemente, ob. cit., t. II A, p. 48.

tarea de administrar justicia; también comprende la posibilidad de emplear la fuerza para el cumplimiento de las resoluciones judiciales. Esta atribución se resume en la potestad que tiene el juez para decretar una sanción en caso de incurrirse en alguna hipótesis legal que así lo prevea o de utilizar la fuerza para hacer cumplir sus órdenes. El llamado poder de coerción comprende facultades propias de la *coertio* y *executio*.

4. *Poder de instrumentación*. El poder de instrumentación, al que la doctrina denomina también «facultades de documentación del tribunal» o «poder de documentación» consiste en la posibilidad de dar el carácter de instrumento público a las actuaciones que se realizan con la intervención del Tribunal. Comprende, además, la facultad que tiene el mismo tribunal de conservar documentos y el deber de custodia.

La doctrina moderna reseñada ha sido expuesta en base al pensamiento de Clemente Díaz. Sin embargo, cabe señalar, que en general coinciden los autores con esta enunciación y con similar criterio, Clariá Olmedo, habla de momentos de su ejercicio distinguiendo el cognoscitivo, el resolutivo y el ejecutivo [24].

Cabe señalar, por último, que pese al desarrollo efectuado no existen diferencias sustanciales entre la posición clasiva y los momentos indicados en la concepción moderna. Se trata, en síntesis, de un conjunto de facultades inherentes a la función judicial y sin cuyo reconocimiento el juez no podría desempeñar adecuadamente la tarea que la Constitución le impone.

5. Límites

La función jurisdiccional se pone en movimiento cuando se verifican ciertas condiciones que legitiman su intervención y delimitan, consecuentemente, su extensión. Ello implica que se trata de una potestad reglada cuya actuación supone la existencia de presupuestos.

Los límites de la jurisdicción señalan el ámbito geográfico, fáctico y jurídico en que la jurisdicción puede ejercerse válidamente.

La primera delimitación que presenta la jurisdicción está referida al aspecto geográfico. Atento que la jurisdicción es una potestad que emana

(24) Clariá Olmedo, Jorge, ob. cit., p. 221.

de la soberanía del Estado, solamente puede ser ejercida dentro de su límite territorial. Ello sin perjuicio de lo que se disponga en las reglas de competencia. Es así que por norma se encuentran sometidas a la función judicial del Estado todas las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que habiten o se hallen instaladas en nuestro territorio [25]. También, comprende todas las cosas muebles o inmuebles que se encuentren situadas dentro del país.

El segundo límite se configura con la presentación del «caso concreto» al tribunal. El «caso» se compone de un conflicto de intereses que se afirma como existente por un sujeto investido del poder de acción y que luego del despliegue de la función jurisdiccional a través del proceso obtiene solución por la actuación del derecho, previa fijación de los hechos. El caso concreto, opuesto a lo abstracto, debe ser real, existente y actual. Ello es así ya que a los tribunales les está vedado resolver cuestiones abstractas, académicas o doctrinarias. Una cuestión es abstracta cuando lo reclamado no tiene fundamento jurídico o carece de interés actual para la persona que reclama; por ejemplo, en el primer caso no se podría demandar a una persona porque no saludó; tampoco se podría reclamar el divorcio de concubinos y, por fin, y en relación al último supuesto apuntado citamos a modo de ejemplo cuando en un proceso se reclama la remoción de un administrador y durante la litis éste cesa en el cargo.

En el conflicto de intereses en el proceso civil el caso concreto está delimitado por las cuestiones esgrimidas por una parte y contradichas por la contraria; ellas configuran las pretensiones que se deduce en el proceso y que debe tener fundamento jurídico. En materia penal, se exhibe en la investigación de hechos supuestamente delictuosos.

Puesta en marcha la jurisdicción encaminada al pronunciamiento final, su ejercicio es ineludible y finaliza con su agotamiento, ya sea por el dictado de la sentencia, de primera o ulterior instancia o con la eventual ejecución.

El tercer límite se verifica en la denominada «excitación extraña». Nuestro sistema procesal civil de carácter dispositivo requiere, para la actuación del órgano jurisdiccional, de la excitación extraña, que se manifiesta habitualmente por la presentación de la demanda o también por otros requerimientos, por ejemplo, la solicitud de medidas preparatorias o cautelares. Ello se reafirma

(25) Palacio, Lino, *Derecho procesal civil*, t. I, Abeledo-Perrot, Bs. As. 1983.

en el viejo principio romano *ne procedat iudex ex officio* y *nemo iudex sine actore*. El requerimiento se efectúa por el ejercicio de otro poder que es el de acción y que le compete a otro sujeto procesal distinto del órgano, esto es, a los particulares En el proceso penal la excitación extraña por regla general está a cargo del ministerio público fiscal.

El cuarto límite es «la ley» que predetermina el accionar del juez tanto en el gobierno del proceso (aspecto instrumental) como en el contenido de la decisión del pleito (aspecto sustancial). Planteado el litigio, el juez debe resolverlo aplicando el derecho precreado. Por cierto, que la situación que se afirma debe ser al menos inicial e hipóteticamente reconocer amparo legal, para provocar el ejercicio. Por ejemplo, para iniciar un juicio de expropiación directa, es menester previamente que el Ejecutivo haya declarado de utilidad pública, el bien expropiado (art. 17 C.N.).

En síntesis, la jurisdicción se encuentra condicionada a la existencia de presupuestos que legitiman su ejercicio: el sometimiento del diferendo por particulares al órgano específico, el «caso», que determina el ámbito material del pronunciamiento y su adecuación a los límites fijados por la ley, *in abstracto*, para ese caso [26] a lo que nosotros agregamos el ámbito geográfico en que ella puede ser ejercida.

6. Objeto de la jurisdicción

El objeto del proceso está representado por el material juzgable o dicho de otra manera «lo juzgable», denominado tradicionalmente la *res iudicanda*. La *res iudicanda* puede explicitarse diciendo que está constituida por el conjunto de pretensiones planteadas por los sujetos del proceso en tanto sean jurídicamente relevantes, recordemos que las pretensiones de las partes no implican la materialidad misma de los hechos. Esto es que ellos, efectivamente, hayan sucedido sino que se presentan como «hechos jurídicamente relevantes» pero solamente afirmados por las partes. Estos hechos hipotéticos denominados por Clariá Olmedo como *«un asunto de la vida»* en torno al cual gira el proceso judicial se transforma en *res iudicata*, esto es, «cosa juzgada» cuando es aceptada o rechazada por el órgano jurisdiccional al momento de dictar sentencia [27].

(26) Arbonés, Mariano, «Jurisdicción», Separata editada por el C E.D., U N.C., Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, *Las virtudes de la jurisdicción*, Libro Homenaje Escuela Procesal de Córdoba, t II, Lerner, Cba , 1995.

El objeto de la jurisdicción puede ser simple o complejo. Es complejo, cuando las pretensiones manifiestan múltiples asuntos a resolver en forma paralela, subsidiaria o alternativa

Por otra parte, cabe señalar que el trámite de las pretensiones iniciales puede ser cambiante ya que influirán en su destino ciertas circunstancias tales como que hayan sido resistidas o no por la parte contraria o hayan sido acreditadas.

Se ha distinguido el objeto del proceso del principio o causa inicial del cual éste parte y del fin, sea éste mediato o inmediato que se pretende obtener. Así, se ha expresado que el objeto del proceso está configurado por la materia sobre la que recae el complejo de elementos que lo integran ya que el proceso se define como una institución jurídica destinada a la satisfacción de una pretensión [28].

El objeto del proceso en síntesis es aquel que proporciona el tema de la decisión de fondo. Dicho tema puede descomponerse en una serie de cuestiones, unas de hecho y otras de derecho, conforme hayan sido planteadas, aceptadas o discutidas por las partes en las alegaciones y acreditadas mediante las pruebas.

(27) Clariá Olmedo, ob. cit., t I, p. 180
(28) Guasp, J , ob cit , p 220

CAPITULO VI

Competencia

Sumario. 1. Concepto y caracteres. 2. Fundamentos para el reparto de la competencia. 3. Clasificación de la competencia 3.1. Pautas para determinar la competencia. 4. Desplazamiento de competencia. 4.1. Prórroga. 4.2. Competencia por conexidad. 4.3. Fuero de atracción. 5. Cuestiones de competencia. 5.1. Declinatoria. 5.2. Inhibitoria. 6. Conflictos de competencia. 7. Competencia federal. 7.1. Aproximación al tema. 7.2. Concepto. 7 3. Caracteres. 7.4. Criterios para su determinación. 7.5. Clasificación. 7.5.1. Por razón de la materia. 7.5.2. Por razón del lugar. 7.5.3. Por razón de las personas. 7.6. Competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

1. Concepto y caracteres

La idea de un juez único a quien se le debe someter el conocimiento de todos los asuntos que puedan suscitarse entre los particulares resulta una utopía. Este pensamiento está íntimamente vinculado con la noción de jurisdicción, la que como hemos señalado, se manifiesta en un poder-deber abstracto atribuido a todos los jueces para entender en todo tipo de asuntos: civiles, penales, laborales, etcétera. Sin embargo, como esto no resulta posible y día a día se van aumentando los argumentos para su división, se ha acuñado el concepto de competencia, en base al cual se distribuye la facultad de juzgar a distintos órganos jurisdiccionales que coexisten en un tiempo y lugar.

La competencia es susceptible de ser definida en un doble enfoque: subjetivo y objetivo. El primero, tiene en cuenta el órgano que entenderá en el caso planteado y en este sentido se ha dicho que *«es la aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un asunto determinado»* [1]. La competencia es, por lo tanto, la facultad de cada juez o magistrado de una rama jurisdiccional para ejercer la jurisdicción en determinados asuntos y dentro de cierto territorio [2].

En sentido objetivo consiste en la órbita jurídica dentro de la cual el juez administra justicia. En rigor, el criterio objetivo se manifiesta en reglas jurídicas, cuya aplicación permite distribuir la competencia entre los diversos órganos jurisdiccionales coexistentes, asignándoles una específica.

Es principio recibido en las compilaciones formales, que toda actividad procesal debe ser cumplida ante un juez munido de aptitudes suficientes para entender en el caso planteado [3].

La competencia del tribunal es un presupuesto procesal o, como la denomina Palacio, *«un requisito extrínseco de admisibilidad de toda petición o pretensión extracontenciosa de forma tal que si, en un caso concreto, el órgano ante quien se ha acudido carece de competencia así deberá declararlo»* [4]. Si el juez carece absolutamente de competencia no puede constituirse una relación jurídico procesal válida por ausencia de un presupuesto procesal.

La regla general en materia de competencia es que toda gestión judicial deberá hacerse ante tribunal competente (art. 1° C.P.C.). Aunque esta regla no esté incorporada expresamente en los otros cuerpos legales, es evidente que rige implícitamente para todas las materias, ya que es un axioma inderogable en el tema

La competencia, respondiendo a las reglas constitucionales, presenta caracteres que la distinguen de otros conceptos jurídicos y que en doctrina se han reseñado [5]. Ellos son: debe estar prevista legalmente; es de orden público; es indelegable y es improrrogable.

(1) Alsina, *Derecho procesal*, t. II, p. 512
(2) Martirolo, *Tratado de derecho civil*, 1ª ed., Reus, Madrid
(3) En este sentido véase el art. 1° C.P.C., también el art. 2° C.P. de Santa Fe; arts. 1° y 4° C.P.C.N.
(4) Palacio, Lino, *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, p. 367
(5) En este sentido véase Palacio, Lino Enrique - Alvarado Velloso, Adolfo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. I, p. 53

1. *Debe estar fijada previamente por la ley.* Esto es así, por cuanto este carácter refleja una garantía constitucional, en el sentido de que el justiciable debe saber de antemano que existe un órgano jurisdiccional con competencia atribuida en la ley para conocer del asunto que le aqueja. La regla general, entonces, es que el legislador fija en el derecho objetivo, normas específicas que asignan el conocimiento de ciertas causas a un juez determinado.

2. *Es de orden público.* Ello significa que, en principio, los particulares no pueden disponer de la regla de la competencia, ni modificarla en cuanto a su distribución, salvo supuestos especiales que la misma ley autoriza. Tal sucede, como se dijo, para la materia civil en el caso de la competencia territorial y también en el desplazamiento a la jurisdicción arbitral, cuando queda librada a la voluntad de las partes.

3. *Es indelegable.* Esto importa que los actos atribuidos al juez, deben ser cumplidos indefectiblemente por él mismo. Sin embargo, ello no impide que por razones de auxilio judicial pueda encomendarse la comisión de cierta actividad procesal a otros órganos. En este caso, se trata de una delegación de función; vale decir, el tribunal puede encomendar el cumplimiento de una determinada actividad a un órgano judicial diferente. Técnicamente, importa que la facultad que se le confiere está limitada a diligencias especificas. Así, por ejemplo, si ha de producirse una prueba pericial de un inmueble emplazado en otra jurisdicción, será menester encomendar esta diligencia probatoria al juez que tenga competencia en dicha sede por medio de un exhorto u oficio.

4. *Es improrrogable.* Existe consenso doctrinario, en el sentido de que la competencia por regla general no es prorrogable. La atribución de competencias a los diferentes órganos jurisdiccionales se fundamenta en razones de política procesal, que procuran asegurar un servicio de justicia eficiente. La decisión en la distribución pertenece a la ley, de modo que las partes no podrán conferir otras competencias ya sea por razón de la materia, del grado y del valor a un órgano jurisdiccional diferente al asignado por la ley. Es así que los jueces tienen el deber de controlar de oficio su observancia, dentro del marco legal adjetivo y el ministerio público es parte necesaria en estas cuestiones ya que le corresponde velar por su custodia.

2. Fundamentos para el reparto de la competencia

El legislador ha distribuido la competencia entre los distintos jueces, teniendo en cuenta criterios «ordenadores». La doctrina ha señalado

que «*no todos los jueces tienen la misma competencia; su potestad de juzgar está limitada por la Constitución Nacional o por la ley atendiendo a la organización propia del sistema federal, a la materia; al territorio; al valor; al grado, etcétera.*

Si un juez resulta competente es implícito que tiene jurisdicción, pero puede tener jurisdicción y no ser competente para un determinado asunto» [6]. Por ello se ha dicho que «*la competencia es la medida de la jurisdicción*» [7].

«*Las reglas de atribución de competencia por materia, valor o grado tienden fundamentalmente a asegurar la eficiencia de la administración de justicia. Ellas se fundamentan en consideraciones que atienden al interés general, en tanto que las reglas que fijan la competencia territorial, propenden a facilitar la actuación procesal de las partes*» [8] .

3. Clasificación de la competencia

La competencia se clasifica y se distribuye conforme a reglas y pautas de la Constitución Nacional, constituciones provinciales y leyes formales. Por ello, se manifiesta con similitud en casi todos los ordenamiento formales.

- La primera gran escisión en la competencia está fundada en un *criterio institucional* y tiene origen en el doble orden judicial, fijado por la Constitución, cuando organiza a nuestro país bajo la forma representativa, republicana y federal. Ello da lugar a la justicia ordinaria de cada provincia y a la justicia nacional, federal de excepción distribuida en todo el país. La primera, existe en virtud de la reserva efectuada por las provincias de organizar su Poder Judicial (arts. 1° y 5° C.N.). La federal o de excepción se fundamenta en los arts. 116, 117 y art. 75 inc. 11 C.N., que determinan que el conocimiento de ciertas causas sea conferido a los tribunales federales, con carácter excepcional y con exclusión de la justicia ordinaria local.

(6) [illegible], *Código Procesal Civil y Comercial. Anotado y Comentado*, Abeledo-Perrot, Bs. As., [illegible], t. I, p. 59

(7) Palacio, Lino, *Manual de derecho procesal civil*, 14ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, p. 190

(8) Confr. Palacio, *Tratado*..., p. 370.

- Cabe destacar, que en cada uno de estos cuadrantes, a su vez, se advierte una subdistribución de competencias atendiendo a diversas circunstancias: materia; territorio; naturaleza e importancia de la pretensión (cualitativa y cuantitativa) y grado. A ello, debe añadirse otro criterio, que tiene vigencia en el ámbito federal, denominado «personal» que encuentra fundamento en la condición de ciertos sujetos titulares de la pretensión (v.gr., Estado Nacional, embajadores, cónsules, etcétera) o situación de vecindad o de nacionalidad (extranjeros) [9] .

La ley procesal regula la competencia ordinaria, teniendo en cuenta pautas de política procesal que atienden a razones de interés público o privado, de economía procesal, de especialización de división del trabajo y de funciones que conducen al legislador a establecer reglas para su ejercicio. Se pretende fijar con meridiana precisión las atribuciones conferidas a cada órgano y evitar un conflicto entre los sujetos procesales; a brindar mayores garantías a los justiciables y, sobre todo, como fin último, propenden a una mejor y más eficaz actuación de la ley y al logro de la justicia y paz social [10].

- El criterio «*territorial*» otorga una solución para el establecimiento de órganos jurisdiccionales, ante el problema que representa la dimensión geográfica del territorio. Su aplicación supone dividir al territorio del país en porciones ideales (regiones), denominadas, circunscripciones, distritos, comisiones, etcétera. En base a ello se atribuye competencia a los órganos más cercanos o accesibles para los justiciables. Esto se realiza teniendo en cuenta, en algunos los elementos de la pretensión: por ejemplo, el domicilio del involucrado, el lugar del cumplimiento del contrato, el lugar de ubicación de la cosa, el lugar en que ocurrió el hecho delictivo, etcétera. En otros, se tiene en cuenta el lugar que ha sido permanente en una relación por lo que resulta el más aceptable. Tal es el criterio impuesto por el Código Civil, en su art. 227 que determina que será competente para entender en el juicio de divorcio, el juez del último domicilio conyugal.

- La regla general de competencia territorial para la materia procesal civil está dada en el art. 6° que establece principios generales y previsiones

(9) Véase, Palacio - Alvarado Velloso, ob. cit., t.I, p. 55.

(10) Maciel, Manuel, «Competencia», en *Teoría general del proceso*, Atenea, Cba., 1997, p. 81

para casos especiales. También el C.P.P. en el art. 43 establece que es «competente para entender el tribunal del lugar en que el hecho se hubiere cometido. ..»; subsidiariamente será competente el tribunal donde se estuviera practicando la investigación (art. 44 C.P.P.).

- El *criterio material o cualitativo* determina la distribución de competencia teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de las cuestiones a decidir a través del proceso. Se justifica en pautas de distribución de tareas y de especialización de los magistrados para una mejor atención de las cuestiones y su aplicación empírica da lugar a la distribución en fueros, v.gr., civil, comercial, sociedades y concursos, familia, laboral, penal, contencioso administrativo, etcétera.

Esta división fundada en la materia, constituye un criterio tradicional que tiene vinculación con la creciente complejidad del mundo moderno y apareja día a día la creación de nuevos fueros especializados. En efecto, hasta no hace mucho tiempo en la provincia de Córdoba, sólo existían los fueros, penal, civil y comercial, de paz letrado, del crimen y laboral.

Posteriormente, y ante una problemática jurídica más amplia y compleja y por la dificultad de atender conjuntamente todas las cuestiones, se advierte la necesidad de crear tribunales con competencias especiales. Así se crea el fuero contencioso administrativo y el de familia y, además, se establece una división en la materia civil y comercial. Ello sucede así ya que respecto de esta última se adjudica competencia específica en la materia comercial a ciertas unidades jurisdiccionales de primera y segunda instancia, quienes tienen exclusividad en la atención de los asuntos vinculados con sociedad, concursos y quiebras.

Se ha señalado, a modo de crítica que la especialización, podría generar un conocimiento fragmentado del derecho y de este modo, podría perderse la visión total del orden jurídico. Sin embargo, creemos que esto no es así ya que se realiza estableciendo criterios generales y globales necesarios para el ejercicio efectivo de la jurisdicción. Como contrapeso *«la especialización permite una profundización de parte del juez en la materia que ha abrazado, lo cual redunda en mayores garantías de acierto y rapidez en la decisión»* [11]

La competencia civil y comercial importa la adjudicación a jueces de primera instancia del conocimiento y decisión de asuntos que tengan

(11) Gelsi Bidart, A., *Cuestiones de la organización procesal*, Montevideo, 1977, ps. 146, 155, 173

por objeto un conflicto preeminentemente patrimonial (declarativos, ejecutivos, cautelares, etcétera).

Los tribunales de familia entienden en los conflictos originados en el seno de la familia. Se trata de una competencia especial, excluyente y de carácter extrapatrimonial. Estos tribunales son competentes en cuestiones relativas a la celebración u oposición del matrimonio, venias supletorias que debe otorgar el juez, en procesos de divorcio, separación personal o nulidad del matrimonio, en casos de disolución y liquidación de la sociedad conyugal, en todo lo relativo a cuestiones alimentarias, en los asuntos de filiación sea ésta por naturaleza o por adopción y en los temas referidos a la patria potestad, guarda de menores, régimen de visitas, tutela u autorización para disponer o gravar bienes de los menores (art. 16 de la ley 7676). Esta enumeración es de carácter enunciativo ya que el texto legal establece que estos tribunales entenderán en toda otra cuestión derivadas de las relaciones de familia.

La competencia material, en los conflictos laborales, está enunciada en el Código Procesal Laboral para la provincia de Córdoba (ley 7987) que en su art. 1º establece que «estos tribunales conocerán en los conflictos individuales derivados de la relación laboral; en las acciones emergentes de accidentes y enfermedades de trabajo; en los juicios por cobros de aportes y contribuciones de fondos sindicales establecidos por ley o por convenciones colectivas».

Por último, la competencia material en el fuero penal está fijada en el art. 28 C.P.P., que expresa que se extenderá al conocimiento de los «hechos delictuosos cometidos en el territorio de la provincia, exceptuando la jurisdicción federal y militar».

- El aspecto *cuantitativo* constituyente es una pauta variable que se tiene en cuenta para atribuir asuntos en los diferentes fueros. Rige en el ámbito del derecho patrimonial privado en base a un criterio de «valor pecuniario», esto es, teniendo en cuenta la importancia económica de la pretensión. Su vigencia permite efectuar el deslinde entre la justicia de mayor y de menor cuantía. Actualmente, este criterio carece de trascendencia, ya que nuestro C.P.C., utiliza solamente esta directriz cuando refiere a la competencia de los jueces de paz de campaña (art. 795 y ss. C.P.C. y art. 49 de la ley orgánica del Poder Judicial).

La pauta cuantitativa ha sido utilizada por el legislador para diferenciar competencia entre órganos jurisdiccionales penales. Así, se organizan tribunales que entenderán respecto de ciertos delitos tomando como criterio para determinar su aptitud jurisdiccional, la importancia de la pena.

Así, por ejemplo, el juez correccional entenderá en las causas en donde se juzguen delitos dolosos que estuvieran reprimidos con pena de prisión no mayor de tres años o pena no privativa de la libertad.

- El criterio funcional impone *«una distribución de competencias entre diferentes órganos con respecto a un mismo proceso y se tiene en cuenta la distinta actividad que desarrollan los jueces en juicio y tiene que ver con el sistema procesal elegido»*[12]. Si se trata de tribunales de doble instancia, la organización supone un juez inferior *-a quo-* que resuelve sobre el fondo del asunto y un tribunal de jerarquía superior *-ad quem-* que revisa lo resuelto por el inferior.

- Por otra parte, si se trata de tribunales de instancia única el criterio cambia, se horizontaliza, y se tienen en cuenta las etapas o fases del proceso en los que conocen diferentes funcionarios judiciales.

En el primer aspecto, la competencia funcional se denomina también competencia jerárquica y, siguiendo este criterio, se ordena por grados, lo que significa tribunales de primer grado y tribunales de segundo grado. Ello sucede en materia civil, en donde existe también otra instancia superior que no es una tercera instancia y que se grafica por la interposición de recursos extraordinarios ante el Tribunal Superior de Justicia. En el segundo aspecto, se establece una competencia lineal que es propia de los tribunales de instancia única con trámite oral y en ella se tienen en cuenta las etapas o fases de un proceso cuyo conocimiento se atribuye a diferentes órganos, v.gr., tal sucede con los tribunales penales, laborales y familiares en que el procedimiento se inicia por ante un juez o funcionario instructor y finaliza ante un tribunal de sentencia unipersonal o colegiado de juicio.

- Por último, también se habla de una competencia *por turno*, que encuentra fundamento en razones que consultan a una mejor división de trabajo y por aplicación de disposiciones de características más administrativas que procesales. El turno judicial es establecido por el Tribunal Superior de Justicia, de conformidad a lo dispuesto por el art. 12 inc. 25 de la ley orgánica del Poder Judicial e importa más bien una regla práctica para el buen funcionamiento de los tribunales. En este sentido, los turnos se fijan en base a un criterio temporal o numérico por cantidad de [illegible]ciados; en materia penal el turno se establece generalmente por la fecha en que ocurrió el hecho delictivo.

---

(12) Díaz, Clemente A., *Instituciones de derecho procesal*, t. II B, p. 536

Como se advierte, esta distribución tiene connotaciones procesales, ya que precisa el juez que debe intervenir en una causa con idéntica competencia territorial, material y funcional [13]. Se trata, de un fraccionamiento interno que hace a una mejor distribución del trabajo.

3.1. Pautas para determinar la competencia

La competencia es inmodificable en el sentido de que una vez establecida no puede variar durante el transcurso del juicio. Así, la competencia es determinada por la situación fáctica y jurídica existente al momento de la iniciación del proceso y ella es la que la determina y la fija para todo el procedimiento aun cuando dichas condiciones por circunstancias posteriores variaran. De este modo se fija *prima facie* la jurisdicción de «ese» tribunal, y en caso de que ella no resulte objetada, se consagra el principio de la *perpetuatio iurisdictionis*.

El principio de la *perpetuatio iurisdictionis* significa que la situación de hecho existente al momento de admitirse la demanda es la que determina la competencia para todo el curso del proceso, sin que la variación de circunstancias fácticas o jurídicas posteriores puedan afectarla. Así, por ejemplo, las partes podrán variar el domicilio durante el trámite del proceso pero la competencia ha quedado fijada por el que tenían al momento de entablarse la demanda; igual sucede, también, cuando la competencia por razón del territorio se ha fijado teniendo en cuenta la ubicación de bienes muebles su traslado a otro lugar no significará un cambio en ella.

Cabe señalar, que el legislador ha utilizado pautas diferentes para atribuir competencia según los casos. Así, para distribuir la competencia territorial se han tenido en cuenta criterios o *«axiomas»*, que se presentan en los mandatos normativos con cierta reiteración.

En algunos casos, prevalentemente civiles, se dará preeminencia al lugar en que se encuentre el demandado *forum domicilii*; en otros, al lugar

---

(13) La doctrina nacional, ha sentado *«que el turno es una forma de distribución del trabajo creada a favor del juez y que, por tanto no es de orden público, de modo que aquél puede aceptar un proceso que no le corresponda por razón del turno y que, una vez aceptado, carece de facultades para repelerlo oficiosamente»* (Palacio - Alvarado Velloso, ob. cit., t. I, p. 92) con cita de jurisprudencia

en que se ubique la cosa, *forum rei sitae* y, por fin, al sitio para el cumplimiento de las obligaciones *forum solucionis*

Puede decirse a manera de principio general, que los códigos formales establecen reglas que atribuyen prioridad a uno de los criterios referidos. Así, cuando se ejerciten acciones personales por responsabilidad extracontractual, es competente el juez del lugar del hecho o cuando se reclamen alimentos el del domicilio del beneficiario (art. 6° incs. 5 y 6 C.P.C.). En otros casos, se diseña un sistema de fueros electivos por lo que la ley otorga dos o más alternativas entre las que podrá elegir quien va a entablar demanda. Por ejemplo, cuando se ejerciten acciones personales derivadas de un contrato, la demanda podrá entablarse en el lugar convenido para el cumplimiento de la obligación o a falta de éste el del lugar de su celebración; cuando se ejerciten acciones personales y sean varios los demandados y se trata de obligaciones solidarias, divisibles o mancomunadas, y no estuviere convenido el lugar del cumplimiento de la obligación, el actor podrá elegir el del domicilio de cualquiera de aquellos (art. 6° inc. 7 C.P.C.). Otro ejemplo está dado por el art. 227 C.C., que establece como juez competente para entender en el juicio de divorcio, el del último domicilio conyugal o el del domicilio del demandado. Como se ve, el demandante tiene opción de presentar su demanda ante jueces de distintos lugares. Cabe señalar, que es una constante de los códigos el postulado que expresa *actor sequitur forum rei*, (domicilio del demandado). Esto quiere decir que esta pauta es utilizada habitualmente en las leyes formales para determinar la competencia como principal o como alternativa.

El Código Procesal Civil en el art. 6° regula las variables para la determinación de la competencia y distingue entre acciones reales y personales, es decir, tiene en cuenta la naturaleza de las pretensiones contenidas en la demanda. En tal sentido, si el proceso versa sobre una pretensión de naturaleza real, la pauta elegida es la del lugar de ubicación del bien (art. 6° incs. 1, 2 y 3 C.P.C.) y, si se trata de acciones personales el [illegible] varía y se establecen alternativamente lugar de celebración del [illegible] lugar de su cumplimiento, lugar del domicilio del demandado, [illegible] obligación debe ser cumplida, etcétera.

[illegible] para discernir la competencia, se manifiesta en el [illegible]. En este sentido se tienen en cuenta calidades [illegible] personas involucradas en el conflicto tales como, el lugar de nacimiento (extranjería), cargos públicos que ostentan ciertos individuos o por tratarse de sujetos jurídicos, v.gr., diplomáticos y funcionarios. Este criterio tiene vigencia exclusivamente en el orden federal.

4. Desplazamiento de competencia

Es regla general sentada por las leyes procesales que la competencia es de orden público e improrrogable. Sin embargo, en ciertos supuestos, estas reglas de asignación de competencia se relativizan y se abren camino las excepciones. Ello sucede, por ejemplo, cuando por circunstancias fácticas especiales se ocasiona el reemplazo de las reglas ordinarias y cobran vigencia normas especiales. Esta circunstancia, de carácter excepcional, determina que el pleito se radique ante un tribunal diferente del que debía intervenir. Esta movilidad de las causas hacia otros jueces configura casos de desplazamiento de competencia que suceden por razones generales o también atendiendo a los intereses individuales de las partes.

El desplazamiento de competencia tiene lugar *«cuando un juez que sería originariamente incompetente, adquiere, por una disposición legal, competencia para conocer en uno o más procesos o pretensiones»* [14]. De esto se deriva que las reglas de competencia no son absolutas, ya que ellas prevén supuestos de excepción.

Los desplazamientos sobrevienen después de iniciada la litis, y suceden cuando se verifican determinadas circunstancias. Así, encuentran motivo, algunas veces por la sola voluntad de las partes intervinientes, cuando la ley lo autoriza, o en otros casos por circunstancias de conexidad o por efecto del fuero de atracción.

4.1. Prórroga

La prórroga suscita un desplazamiento de la competencia hacia un juez que en principio resultaba incompetente.

Cabe recordar, que la competencia o su contracara, la incompetencia, puede ser absoluta o relativa. Puede calificarse, como competencia de carácter absoluto, la por materia o grado. Así, por ejemplo, no podría iniciarse un juicio por cumplimiento de contrato ante el juez penal; ni tampoco podría plantearse esta acción ante la Cámara de Apelaciones.

(14) Confr. Díaz, Clemente A., *Instituciones de derecho procesal*, Abeledo-Perrot, Bs. As., t. II B, p. 769

En cambio, es relativa y, por lo tanto prorrogable, la competencia establecida para cuestiones de corte netamente patrimonial y en relación al territorio. Así, en el marco de disponibilidad de los particulares acerca de las reglas procesales de competencia, es aceptado que pueden convencionalmente atribuir la territorial a un órgano judicial que legalmente carecía de ella [15]. Ello es posible sólo en el campo de los derechos disponibles, por lo que el presente desarrollo es válido solamente para el ámbito del derecho procesal civil.

La prórroga de competencia por voluntad de las partes puede operar en dos formas: la expresa y la tácita. Se resuelve en forma expresa, cuando los sujetos exponen claramente su voluntad de atribuir competencia a un tribunal determinado exteriorizándola de antemano en forma documentada. Tal sucede, por ejemplo, cuando partes contratantes determinan que en caso de conflictos sobre su inteligencia, atribuyen su conocimiento a un juez diferente. En cambio, las prórroga es tácita, si el desplazamiento se opera por actitudes procesales asumidas por las partes en el curso del juicio. Por ejemplo, cuando el actor presenta su demanda ante un tribunal diferente al que legalmente le correspondía, y el demandado responde, sin cuestionar la competencia. Como se advierte, en ambos casos, se verifica un supuesto negativo, que no implica el ejercicio de facultades procesales y que deviene de una inferencia legal de la voluntad concreta de las partes acerca de la competencia

4.2. Competencia por conexidad

Otra forma de desplazamiento de la competencia se opera en virtud de la regla de la conexidad entre dos o más asuntos; en este caso, con fundamentos por razones de economía procesal, las leyes formales establecen que sea un mismo juez quien los resuelva.

Conexión significa la vinculación, relación, enlace o nexo entre dos o más procedimientos que determina que deben ser decididos por un mismo juez. La causa de desplazamiento de competencia por conexidad está fundada en razones de interés publico y de interés privado. Las primera, tiende a evitar el dictado de sentencias contradictorias entre asuntos

(15) Palacio, Lino - Alvarado Veloso, ob. cit., t. I, p. 266

que se relacionan entre sí. Por otro lado, se funda en razones de economía procesal ya que se produce un ahorro de costos de esfuerzos, evitando repetir los mismos actos, producir las mismas pruebas y requerir idéntica actividad en tribunales diferentes [16].

La conexidad entre juicios se presenta ante la existencia de elementos comunes entre sus pretensiones. Ello puede suceder por coincidencia subjetiva, objetiva o causal.

Los cuerpos legales contienen previsiones normativas similares para resolver la competencia por conexidad; así, por ejemplo: será competente para entender en el juicio conexo el juez que entienda sobre la materia principal. La segunda regla que la atribuye prioridad de conocimiento al juez que previno, es decir, el juez competente para conocer en la primera causa judicial, resulta competente también para entender en la subsiguiente.

En nuestro ordenamiento procesal civil, las reglas de conexidad están previstas en el art. 7º, elaborando una casuística completa a lo largo de cinco incisos. Así, es competente para conocer en los incidentes, trámites auxiliares, preparatorios, cautelares, etcétera, el juez que intervino en el juicio principal; también el que conoció en un juicio es competente para entender en otro sobre el mismo objeto; el que conoció en el primer juicio lo es para entender en los demás, que sean derivados de una misma relación locativa.

Las hipótesis de conexidad en materia penal, están previstas en los arts. 47, 48 y 49 C.P.P., en donde se regulan los casos, efectos y excepciones a la regla de la conexión. Respecto de los casos se impone la conexidad cuando los delitos hubieren sido cometidos por varias personas reunidas aunque lo fueren en distintos lugares y tiempo, cuando hubiere existido acuerdo entre ellas; si un delito hubiere sido cometido para perpetrar o facilitar la comisión de otros; y, por último, cuando a una persona se le imputaren varios delitos.

4.3. Fuero de atracción

Constituyen otro supuesto de desplazamiento de competencia, las disposiciones que consagran el fuero de atracción ejercido en los

(16) Vescovi, Enrique, ob. cit., p. 166

procesos universales, v.gr., sucesiones, concursos y quiebras. En estos casos, se justifica el desplazamiento, en la necesidad de tratar en forma conjunta y simultánea todas las pretensiones deducidas contra el caudal común. De esta forma se otorga certeza al derecho que se declara en acciones independientes pero que se encuentran vinculadas.

En consecuencia, la particular situación de los procesos denominados «universales» ocasionan el desplazamiento hacia el juez de la sucesión, concurso o quiebra. Claro está que ello sucederá solamente respecto de todas las pretensiones de contenido económico deducidas contra el patrimonio del causante, concursado o quebrado; sin embargo, este principio reconoce exclusiones legales. Por ejemplo, se encuentra fuera del conocimiento del juez de la sucesión, la acción personal de filiación la que deberá ser tramitada por ante el juez de Familia por tratarse de un fuero especial.

El fuero de atracción que surge del juicio sucesorio, está contemplado en el art. 3284 C.C.. Se trata de una norma de neto corte procesal con vigencia nacional, ya que impone al juez de la sucesión el conocimiento de todas las cuestiones que versen sobre el título y bienes del causante y respecto de las acciones personales que esgriman sus acreedores. Por su parte, la doctrina nacional ha sentado que aquel no rige para las pretensiones de carácter real [17].

La *vis attrativa* que exhibe el fuero de atracción se sostiene tanto en razones jurídicas como prácticas, esto es, *«que el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores»* y en la conveniencia de que sea un mismo juez quien intervenga en su liquidación.

También está impuesto por razones que atienden al orden público ya que en los procesos universales pueden verse afectados intereses de muchos sujetos que casi siempre están indeterminados; resulta, por lo tanto, improrrogable e irrenunciable y, en consecuencia, debe ser aplicado de oficio por el Tribunal.

Cabe señalar, que el efecto del fuero de atracción, es transitorio, puesto que está destinado a finalizar en el tiempo, cuando culmina el juicio sucesorio, es decir luego de efectuada la partición judicial (art. 3285 C.C.); o, en su caso, finiquitada la quiebra o el concurso.

(17) Véase nota del codificador al art. 3284 C.C..

5. Cuestiones de competencia

Existe cuestión de competencia cuando se desconoce a un órgano jurisdiccional, sea por alguna de las partes, sea por otro tribunal, la facultad de intervenir en determinado proceso o cuando dos o más órganos judiciales declaran carecer de dicha facultad [18].

En un sentido amplio se denominan cuestiones de competencia, las que se suscitan con motivo de la oposición relativa a que intervenga un determinado juez en una causa, por considerárselo incompetente. Como se ha dicho, la objeción puede provenir del propio juez, de otro tribunal, o ser planteada por las partes. La noción por lo tanto es comprensiva de las llamadas cuestiones de competencia y de los conflictos.

Las cuestiones de competencia se provocan por dos vías: la declinatoria o la inhibitoria En el sistema cordobés, y en el de la Nación, se impone de manera excluyente utilizar la declinatoria, salvo que el cuestionamiento se suscite entre jueces de diferente competencia territorial. Unicamente, en este supuesto podrá el demandado elegir la vía de la inhibitoria para suscitar la cuestión de competencia (art. 9º C.P.C.). La solución legal encuentra fundamento en razones de economía procesal, ya que el planteo de la inhibitoria supone un dispendio de actividad y de esfuerzo que no se justifica ante la inmediatez del órgano.

En materia penal, las cuestiones de competencia tienen un tratamiento legislativo diferenciado, atendiendo a las características especiales del trámite. Así, encuentra previsión el cuestionamiento relativo a la declinatoria e inhibitoria

5.1. Declinatoria

La declinatoria de competencia es el acto o vía procesal mediante la cual el demandado se presenta en legal forma y fundamentadamente ante el juez que está conociendo en el juicio y le solicita se declare incompetente apartándose de seguir haciéndolo [19]. Se considera

(18) Palacio, Lino, ob cit , t II, p 571
(19) Maciel, Manuel, ob cit , p 103

declinatoria *«al acto por el cual la parte accionada comparece ante el juez que lo cita, y le niega su competencia»* [20]. Como se advierte, constituye una vía «directa» por la que el demandado solicita al Tribunal que declare y reconozca su propia incompetencia. Esta se hace valer a través de la excepción de incompetencia de jurisdicción (art. 184 inc. 1 C.P.C.). Cabe apuntar, que si se admite la posibilidad de elegir, y así lo efectúa la parte, una vez realizada la opción, se opera respecto de ésta una preclusión y, por lo tanto, no podrá utilizar la inhibitoria. Esto es así por vigencia del adagio jurídico *una vía electa non datur egresusus ad alteram* [21].

Como se apuntó, en materia penal puede plantearse como de previo y especial pronunciamiento la excepción de falta de jurisdicción o competencia que implica la previsión de una regla de declinatoria (art. 17 C.P.P).

5.2. Inhibitoria

El planteamiento inhibitorio tiene lugar *«cuando ante la vocatio o llamamiento por parte del juez, el demandado en vez de comparecer ante quien le convoca, se presenta ante otro tribunal al que supone competente y le solicita que tras declarar su competencia, se dirija al juez que está conociendo para que se inhiba de la causa»* [22]. La tramitación del planteamiento inhibitorio, es sumamente engorrosa, costosa y lenta y, por lo tanto, conspira contra la celeridad del proceso. También se utiliza el planteo «inhibitorio», para el caso de una declaración judicial constitutiva de certeza que efectúa el juez, sobre su propia competencia que contiene, además, una declaración negativa de certeza sobre la competencia ajena [23]. También está prevista la inhibitoria en el C.P.P., en el art. 53.

---

(20) Palacio - Alvarado Velloso, ob cit., p. 349. En idéntico sentido Podetti, Ramiro, *Tratado de la competencia*, Ediar, Bs. As., 1973, p. 374.
(21) Elegida una vía, no podrá en lo sucesivo usarse de otra. Confr. Díaz, Clemente, ob cit., p. 831
(22) Véase, Palacio - Alvarado Velloso, ob. cit., p. 350 y Podetti, ob. cit., p. 374.
(23) Díaz, Clemente, ob. cit., p. 829.

6. [illegible] de competencia

[illegible]nes de competencia pueden crear en algunos casos c[illegible]tivos o negativos de competencia entre dos jueces. Los p[illegible]r, los positivos se producen cuando el juez ante el cual s[illegible]rtamiento se declara competente y el requerido también lo h[illegible]e a declinarla. La segunda -conflictos negativos- se da c[illegible] jueces sucesivamente se rehusan a entender en una misma c[illegible]derarse incompetentes.

[illegible] de competencia, se presenta cuando dos órganos j[illegible] en forma sucesiva se declaran incompetentes respecto d[illegible]roceso (conflicto negativo) o, cuando ambos emiten d[illegible]ositivas sobre su competencia.

[illegible]ctos, se pueden presentar ante la interpretación de una n[illegible] de competencia oficiosamente o a instancia de parte. El [illegible] competencia positivo sucede cuando en una causa un ju[illegible]do requirente y el requerido se declaran con aptitud p[illegible]n el mismo caso.

[illegible]puesto, el conflicto se plantea por cuestionamientos su[illegible]dos a la persona del juez, por vía de recusación y que, en [illegible] determinan su apartamiento. Puede suceder, po[illegible]e, que los motivos del apartamiento no resulten ac[illegible] el juez al que se le remitió las actuaciones. Ello sucede cua[illegible] al que le fueron remitidas las actuaciones considera que [illegible] motivos fundados para el apartamiento por parte del juez [illegible]as actuaciones. En ese caso, formulará sus argumentos, esgr[illegible]sición y devolverá las actuaciones al primero para que acept[illegible]nte o rechace su competencia. Caso contrario, se plant[illegible]cto entre el juez apartado y el que debe intervenir y que d[illegible]elto por un tribunal superior común.

El c[illegible] «superior común» debe ser aclarado y, en tal sentido, señalam[illegible] refiere a un tribunal de mayor jerarquía pero que sea hábil para [illegible] el conflicto entre ambos tribunales. Un ejemplo aclara esta circun[illegible]ínsese que la cuestión se resuelve sencillamente si el conflicto s[illegible] entre dos jueces de primera instancia en lo Civil, no cabe dudas [illegible] superior común en esta hipótesis es la Cámara Civil de Apelaciones, [illegible] la cuestión de competencia se suscita entre tribunales con competencia material diferente -juez civil y un juez correccional- el superior común que debe dirimir el conflicto es el Tribunal Superior de Justicia.

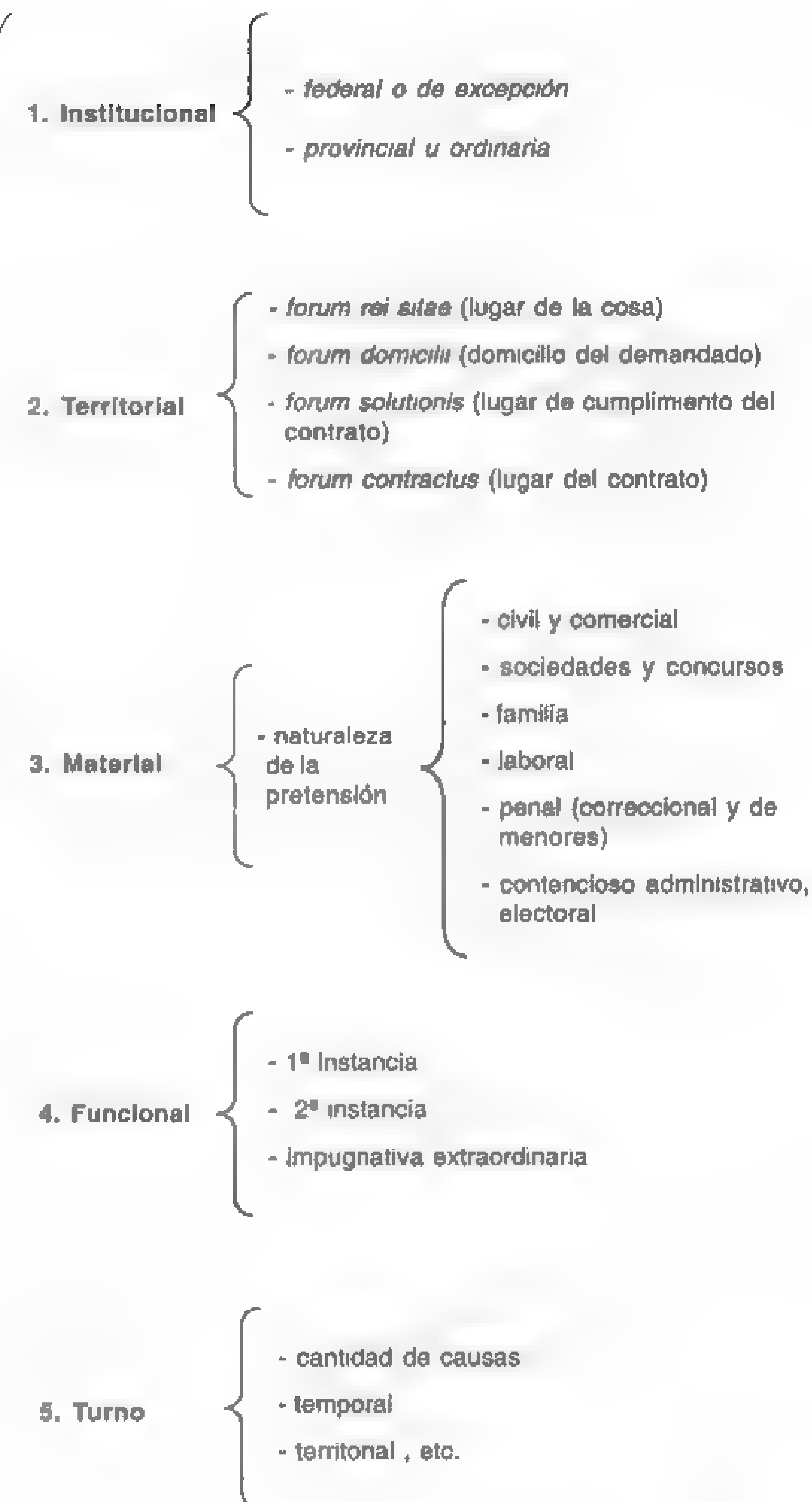
Es de señalar que en este tipo de contiendas deberá darse participación al Ministerio Fiscal (art. 23 de la ley 7826).

Por último, cabe advertir, que los conflictos de competencia están regulados explícitamente tanto para la materia procesal civil (arts. 9º a 15 C.P.C.) y para la materia procesal penal, a partir del art. 50 al 57 C.P.P.. En lo referido al fuero laboral y familiar, al no contener las leyes especificas disposiciones expresas, rigen supletoriamente las normas del Código Procesal Civil.

Cabe señalar, por último, que el planteo de las cuestiones de competencia como regla producen la suspensión del procedimiento principal sin perjuicio de lo cual podrá el juez practicar a petición de parte legítima cualquier medida que a su juicio considere absolutamente necesaria y de cuya dilación pudiere resultar algún perjuicio irreparable (arts. 14 C.P.C. y 12 C.P.N.). Entre estas medidas podemos mencionar las precautorias, las conservatorias y toda otra tendiente a resguardar derechos.

Desde el punto de vista formal, el conflicto se configura, cuando se dictan dos resoluciones de incompetencia entre tribunales. Este tipo de contienda es grave, porque el justiciable no encuentra juez que atienda su caso y puede desembocar en una «efectiva privación o denegación de justicia», en la terminología de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Es que en este tipo de conflictos, puede verse comprometido el acceso a la jurisdicción, y en última instancia la garantía del derecho de defensa en juicio. Por eso las leyes procesales atendiendo a tal situación contienen normas que autorizan a los jueces que han de declararse incompetentes a ordenar ciertas medidas cautelares o urgentes.

Una vez, declarada la incompetencia por el juez que entiende en segundo orden, las actuaciones serán devueltas al primero, para que acepte nuevamente su competencia; caso contrario, allí se plantea el conflicto y deberá remitirlas al superior común para que lo resuelva. Es de señalar, que en este tipo de contiendas deberá darse participación al Ministerio Fiscal (art. 23 de la ley provincial 7826).



7. Competencia federal

por Silvana N. de Fantini y Mauricio G. Zambiazzo

7.1. Aproximación al tema

La Nación Argentina ha adoptado para su gobierno la forma representativa, republicana y federal, según lo establece el art. 1° de nuestra Constitución Nacional. En virtud de esta forma de Estado federal adoptada por el constituyente, coexisten simultáneamente en todo el territorio de la República, dos esferas de gobierno: el gobierno federal, y los gobiernos de los estados provinciales federados. De ello, derivan consecuencias particulares que, con respecto a la organización del Poder Judicial determinan la existencia de una órbita o esfera de actuación propia del Estado Nacional y otra esfera propia de los gobiernos provinciales. Así, encontramos un Poder Judicial de naturaleza federal, que actúa en los territorios sometidos a jurisdicción federal y en los casos previstos por los arts. 116 y 117, C.N., y un Poder Judicial provincial, que actúa dentro de los límites de cada provincia. La competencia federal tiene su origen en la organización institucional del país y obedece a la delegación de facultades hecha por las provincias al Estado federal, en los términos del art. 121 C.N.. Históricamente, su institución respondió a los más altos propósitos de la paz pública, su finalidad fue evitar reclamaciones y conflictos internacionales, al mismo tiempo que brindar seguridad jurídica en las relaciones de comercio con las naciones extranjeras y sus habitantes, afianzando en el extranjero el crédito público y privado del país.

7.2. Concepto

Como ya se ha dicho anteriormente -desde un punto de vista objetivo- la competencia es la medida de la jurisdicción, es decir, es la órbita dentro de la cual un órgano jurisdiccional puede cumplir con su función, esto es, decir y aplicar el derecho al caso concreto sometido a su conocimiento. Palacio define a la competencia como *«la capacidad o aptitud que la ley reconoce a cada órgano o conjunto de órganos judiciales para ejercer sus funciones con respecto a una determinada categoría de asuntos o durante una determinada etapa del proceso»* [24].

(24) Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1976, t. II, ps. 366 y 463.

Por su parte, Podetti sostiene que *«la competencia es el poder jurisdiccional que la Constitución o la ley, o los reglamentos o acordadas, atribuyen a cada fuero y a cada tribunal o juez»* [25]. Alsina, nos dice que *«los jueces deben ejercer su jurisdicción en la medida de su competencia»* [26], pues aquélla es la potestad de administrar justicia, mientras que ésta establece los límites dentro de los cuales dicha potestad debe ejercerse.

Competencia federal: receptando las enseñanzas de Alsina, conceptualizaremos a la competencia federal como *«la facultad conferida al Poder Judicial de la Nación para administrar justicia en los casos, sobre las personas, y en los litigios especialmente determinados por la Constitución Nacional»* [27].

7.3. Caracteres

Según la doctrina, la competencia federal presenta los siguientes caracteres:

a) *Es de naturaleza pública y tiene origen constitucional*: ya hemos visto que la actividad del Estado de «decir el derecho» aplicable al caso concreto, es de naturaleza pública. Con respecto al origen constitucional, la misma se basa en las disposiciones de los arts. 116 y 117, 75 inc. 12 y 121, C.N..

b) *Es taxativa*: es decir, no puede ser ampliada ni disminuida, ya sea que se pretenda hacerlo mediante la ley, ya que se lo haga mediante la interpretación jurisprudencial. Siempre se deben respetar los lineamientos trazados por la Carta Magna.

c) *Es limitada y de excepción*: surge de los poderes delegados al gobierno federal, en tanto, que los no delegados continúan en cabeza de las provincias. Por lo tanto, debe interpretarse restrictivamente, entendiéndose que si no surge claramente, cabe excluirla. Así lo ha entendido pacíficamente el máximo Tribunal de la República.

d) *Es contenciosa*: el art. 2° de la ley 27 establece que «la judicatura federal nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte». Este criterio fue

(25) Podetti, J. Ramiro, *Tratado de la competencia*, 2ª ed., Ediar, Bs. As., 1973, p. 355

(26) Alsina, Hugo, *Tratado de derecho procesal civil. Organización judicial, jurisdicción y competencia*, 2ª ed., Ediar, Bs. As., 1957, t. II, p. 508 y s

(27) Alsina, Hugo, op. cit., p. 497

sostenido por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en 1773, la que estableció que «al Poder Judicial no le competía decidir en consultas, evacuar opiniones, o pronunciarse en propuestas que requerían la expresión de un mero criterio». Esta doctrina fue adoptada por el constituyente de 1853. Por lo tanto, implica la existencia de un litigio -esto es una controversia sostenida en el plano judicial- entre las partes que esgriman posiciones antagónicas y excluyentes con respecto a un mismo objeto o derecho, para que surta la competencia federal. Ello determina que no procede en supuestos de procesos universales, como por ejemplo, declaratoria de herederos o concursos y quiebras, u otro tipo de procesos voluntarios como los que deriven de las relaciones de familia. Así lo establece el art. 12, ley 48. Incluso a pesar de que un litigante sea extranjero o pudiere ser parte de la Nación. Ello, en virtud de que al no existir contienda, la sentencia que se dicte no causa estado y por ello no adquiere el valor de cosa juzgada en sentido material.

Según la doctrina, no constituyen casos o cuestiones judiciables: las consultas; las sentencias que pretendan efectuar declaraciones generales y abstractas; los pronunciamientos declarativos que resuelven cuestiones hipotéticas o en donde no existe perjuicio ni controversia concreta; las cuestiones políticas referidas a la órbita de acción exclusiva de los otros poderes del Estado; las cuestiones privadas de los hombres que protege el art. 19 C.N..

e) *Es privativa y excluyente*: cuando está establecida en razón de la materia, ello implica que no pueda ser prorrogada a favor de la justicia provincial, pero sí a la inversa. Igualmente, cuando lo es en razón del grado. Pero, sin embargo, puede ser prorrogada cuando está establecida en razón de las personas, ya sea en forma expresa o tácita. También se ha admitido su prórroga en supuestos de escasa significación o entidad económica. En estos casos, en donde se admite la prórroga, la doctrina habla de competencia concurrente.

7.4. Criterios para su determinación

Estos criterios derivan de lo establecido por la Constitución Nacional y de las leyes que en uso de la facultad reglamentaria dicta el Congreso, siempre respetando los lineamientos establecidos por la Carta Magna, la forma federal de Estado y la autonomía de las provincias.

A fin de dilucidar si una cuestión corresponde sea resuelta por los tribunales locales de las provincias, o si por el contrario, su conocimiento compete a los órganos que integran el Poder Judicial de la Nación, es menester tener en cuenta los siguientes criterios:

1) *Territorio*: debe verificarse si existe afectación de los derechos federales o de intereses nacionales en aquellos lugares que sean de propiedad del Estado Nacional, adquiridos a las provincias por compra o cesión con el objeto de instalar allí establecimientos de utilidad nacional, o se encuentren sujetos a su legislación, como por ejemplo en las dependencias de la Universidad Nacional de Córdoba. Así lo establece el art. 75, inc. 30 C.N., el cual viene a consagrar constitucionalmente el criterio sostenido históricamente por la Corte Suprema, en el sentido de que «la adquisición, por el gobierno federal, de lugares en las provincias con destino a establecimientos de utilidad nacional, no implica la federalización de esos territorios al extremo de que la Nación atraiga, por ese solo hecho, toda la potestad legislativa, administrativa y judicial, en forma exclusiva y excluyente, de manera que la jurisdicción provincial sólo debe quedar excluida en la medida en que su ejercicio interfiera, directa o indirectamente, en la satisfacción del servicio de interés público que requiere el establecimiento nacional» [28]. Tal sería el caso de las facultades que conservan las provincias y los municipios, a fin de controlar la observancia de normas de tránsito, dentro de la órbita territorial de su competencia, sobre rutas nacionales.

2) *Materia*: la competencia federal en razón de la materia está relacionada al conocimiento de los litigios que impliquen aplicación de la legislación federal. Al respecto, es preciso distinguir las distintas clases de leyes que existen en el país, en virtud de la forma de Estado ya mencionada: a) ley federal; b) ley común; c) ley provincial.

a) La legislación federal está conformada por la Constitución Nacional, los tratados con las naciones extranjeras o con los organismos internacionales de carácter público y las leyes dictadas por el Congreso que regulan la actividad propia de la Nación, y sus organismos centralizados o descentralizados [29], como, v.gr., la Declaración Universal de Derechos

---

(28) Fallos, 201 536, 215 250, 240·311; 248-824, 259 414, 293 287, 296 449; 301 856
(29) Art. 31 C.N..

Humanos de la O.N.U., la Convención Americana sobre Derechos Humanos, «Pacto de San José de Costa Rica», los decretos del Ministerio de Economía de la Nación, las resoluciones del Banco Central de la República Argentina, etcétera.

b) La legislación común es aquella dictada por el Congreso de la Nación, haciendo uso de las facultades que las provincias le delegaron en virtud del art. 75, inc. 12 C.N., y comprende las materias sustantivas o de fondo de nuestro ordenamiento jurídico, tales como los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, etcétera, e importa la posibilidad de ser aplicado tanto por los tribunales federales como por los tribunales ordinarios de las provincias. Así tenemos los códigos de fondo, Código Civil, Penal, de Comercio, etcétera.

c) La legislación provincial es la dictada por cada provincia, con validez espacial circunscripta al ámbito territorial de la provincia que la dictó, y comprende todas aquellas facultades no delegadas a la Nación, como por ejemplo, los códigos de Procedimiento Civil, Comercial, Penal, del Trabajo, etcétera [30]. También es legislación local la dictada por los municipios haciendo uso de las facultades que la Constitución, ya sea Nacional [31] o provincial [32], les reconoce, y la dictada por la Ciudad de Buenos Aires [33].

3) *Personas*: teniendo especial consideración por la cualidad especial de las personas que son parte en la controversia. Así, por ejemplo, surte la competencia federal si en el pleito intervienen ministros, embajadores, o representantes de países extranjeros; también, representantes de organismos internacionales como la O.N.U., la O.E.A., la O.I.T., que posean rango diplomático; cuando actúe un extranjero *-fuero de extranjería-*, o vecinos de distintas provincias *-fuero de vecindad-*, o por la presencia en juicio del Estado Nacional si existiere un interés federal en disputa.

7.5. Clasificación

Pasemos ahora al análisis en particular de los distintos supuestos que el tema implica.

(30) Arts. 121 a 129, C.N.
(31) Art. 123 C.N.
(32) Art. 180, Const. Pcial., Cba.
(33) Arts. 75, inc. 30 y 129 C.N.

Dice la Constitución Nacional:

Art. 116: «Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del art. 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia y sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero»

Art. 117: «En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en lo que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente».

En nuestro ordenamiento jurídico, entonces, podemos formular una clasificación de las causas de competencia federal teniendo en consideración los siguientes criterios: 1) materia; 2) lugar; 3) personas.

7.5.1. Por razón de la materia

La finalidad de la norma aquí es afianzar las atribuciones conferidas al gobierno federal. Son de competencia federal las causas en donde se controvierten derechos que se funden en normas de naturaleza federal. La ley 48, en su art. 2°, inc. 1, exige que dichas causas «sean especialmente regidas por la Constitución Nacional, las leyes que haya sancionado y sancionare el Congreso y los tratados públicos con naciones extranjeras». Nuestro máximo órgano judicial, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha interpretado que «para que surta competencia federal es menester que el derecho debatido en el pleito se funde directa o inmediatamente en una o más normas de naturaleza federal, y no simplemente de un modo accesorio o incidental» [34]. Ello sin perjuicio de que concluido el pleito en los tribunales provinciales, éste llegue al conocimiento de la

(34) Fallos, 306 1363.

Corte Suprema, por vía del recurso extraordinario contemplado en el art. 14 de la ley federal 48.

La competencia federal *ratione materiae* es de orden público, excepcional, improrrogable, exclusiva y excluyente de los tribunales federales, y a los jueces le corresponde declararla aun de oficio y en cualquier estado de la causa. Al respecto ha dicho la Corte Suprema que «la competencia federal por razón de la materia es improrrogable, sin que el consentimiento o el silencio de las partes sean hábiles para derogar tal principio» [35]

Surte la competencia federal *por razón de la materia* en los siguientes supuestos, y a manera enunciativa: en caso de puntos regidos directamente por la Constitución Nacional, o por tratados internacionales. Cuando se trate de asuntos concernientes al transporte interjurisdiccional, ya sea interprovincial o internacional. La C.N., establece la competencia federal para las causas de almirantazgo y la jurisdicción marítima (art. 100). También en causas regidas por el derecho aeronáutico (ley 17.825).

Otro tanto ocurre en causas de naturaleza previsional, Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, ley 24.241. En materia de Radiodifusión, ley 22.285, en materia de Telecomunicaciones, ley 19.728; Obras Sociales, ley 23.660 y Seguro Nacional de Salud, ley 23.661; en materia aduanera, Código Aduanero, ley 22.415. Asimismo, en los casos de legislación sobre Defensa de la Competencia, ley 22.262, y en los de Lealtad Comercial, ley 22.802; en casos de legislación sobre Marcas y Designaciones, ley 22 362, en casos en donde sea aplicable la legislación sobre Patentes de Invención y Modelos de Utilidad, ley 24.481; en los casos de le ley 23.737, régimen penal de los estupefacientes; en los casos de la legislación sobre antidoping en el deporte, ley 24.819; régimen penal cambiario, leyes 19.359 y 22.338; en asuntos comprendidos en la legislación sobre Cooperación Internacional en materia penal, ley 24 767, también en causas en donde se discuta la responsabilidad por evasión a tributos de origen federal.

7.5.2. Por razón del lugar

La competencia federal por razón del *lugar* encuentra su fundamento en lo dispuesto por el art. 75, inc. 30 C.N., el cual reza: «Corresponde al

(35) Fallos, 1-485; 298 416; 311.1812, 312 2010

Congreso... 30. Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la Capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el Territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines». La reforma constitucional del '94 viene así a zanjar, definitivamente, una antigua controversia que había suscitado en la doctrina y la jurisprudencia la redacción del antiguo art. 67, inc. 27. Dicha controversia giraba en torno a las facultades de legislación y jurisdicción del Estado Nacional sobre establecimientos de utilidad pública situados en los territorios de las provincias, y las facultades que sobre éstos conservaban los gobiernos locales. Esta controversia dio lugar a dos tesis o corrientes: *la finalista y la exclusivista*. La tesis exclusivista sostenía que al Estado Nacional le correspondían poderes absolutos de legislación y jurisdicción respecto de los territorios cuyo dominio ostentaba, sin admitir ningún tipo de poderes concurrentes de los gobiernos locales. Se entendía que el lugar sometido a utilidad pública nacional se federalizaba. En cambio, para la tesis finalista, el gobierno federal sólo tenía facultades jurisdiccionales con respecto al cumplimiento de los fines y objetivos de los respectivos establecimientos de utilidad pública, reconociendo facultades concurrentes de los gobiernos locales, sean éstos provinciales o municipales, particularmente en lo que hace a materia impositiva y poder de policía.

La reforma constitucional del '94 acogió la tesis *finalista*, resolviendo definitivamente la cuestión. Evidentemente, la tesis finalista era la que mejor contemplaba los intereses de los gobiernos provinciales y municipales, y cabe recordar que uno de los objetivos de la citada reforma fue el de *«fortalecer el federalismo y el municipalismo»*.

Por ende, sólo surte la competencia federal si, en el caso sometido a jurisdicción, se afectan o restringen los intereses federales o la prestación del servicio del establecimiento nacional allí situado. En caso contrario, si la finalidad del establecimiento nacional no es afectada ni restringida por las normas o hechos provinciales o municipales, la causa cae bajo la órbita de los tribunales ordinarios de la provincia de que se trate.

7.5.3. Por razón de las personas

La competencia federal *ratione personae* encuentra su fundamento en lo preceptuado por el art. 116, C.N., y tiene por fin «asegurar la

imparcialidad de la decisión, la armonía nacional y las buenas relaciones con los países extranjeros» [36].

La jurisprudencia ha ido elaborando criterios de interpretación que configuran sus características:

a) La competencia federal *-ratione personae-* es prorrogable. Sea ello en forma expresa o tácita. En forma expresa, por ejemplo, si se pacta en un contrato en donde se elige de antemano y de común acuerdo entre las partes, un fuero que será el competente. En forma tácita si el demandado no opone oportunamente la excepción correspondiente por vía de declinatoria. Esta posibilidad existe aun cuando sea el Estado Nacional quien revista la calidad de demandado. Así lo establece el art. 12, inc. 4, ley 48.

b) El derecho que se disputa debe pertenecer en forma originaria a quien pretende invocar la procedencia de la competencia federal por razón de las personas. Esto significa que no podrá invocarla quien detente el pretendido derecho por vía de cesión o mandato. Así lo establece el art. 8º de la ley 48, y la finalidad de esta norma es impedir que por vía de cesión o mandato se cree una competencia judicial que originariamente no existía.

Por lo que, es indispensable, en caso de cesión o mandato, que cedente y cesionario posean la calidad requerida por la ley para la procedencia del fuero federal, y dicho requisito se aplica por igual a actores y demandados.

c) La competencia federal no puede ser invocada por quien no es su beneficiario. Veamos un ejemplo: si un vecino de una provincia es demandado ante los tribunales ordinarios de su provincia por una persona de nacionalidad extranjera o por un vecino de otra provincia: no podrá oponer la defensa de incompetencia fundándose en que la otra parte es extranjera o vecino de otra provincia, ya que a nadie le es permitido declinar los jueces de su propio fuero [37].

d) En caso de existir litisconsorcio, activo o pasivo, es necesario, que exista uniformidad en la situación de los litigantes, esto es, que todos los miembros que integran cada parte puedan invocar la procedencia del fuero federal, pues, basta con que uno de ellos no pueda hacerlo para que el fuero federal no proceda [38]. Así lo establece el art. 10, ley 48. Esta

(36) Fallos, 311:489, «Wilensky»; 311:919, «Gutiérrez», entre otros.
(37) Fallos, 310 849, «Spezzano de Martín»
(38) Fallos, 310 849, «Spezzano de Martín»; 286:140, «Di Stilio».

regla se aplica incluso a las sociedades comerciales, excepto las sociedades anónimas, conforme lo preceptúa el art. 9º, ley 48.

La competencia federal *ratione personae* procede en los siguientes casos: a) Causas en que la Nación, o alguno de sus entes autárquicos, centralizados o descentralizados, sea parte, ya sea que revista la calidad de actor o demandado; b) Causas entre vecinos de distintas provincias. Para ello es menester que uno de los vecinos se halle domiciliado en la provincia en donde se inicia el juicio, y no procede si el juicio se radica en una tercera provincia en la cual no tienen su domicilio ni el actor ni el demandado; c) Extranjería de alguna de las partes. Ello implica su procedencia en el caso de pleitos entre vecinos de una provincia y un ciudadano extranjero, y no procede en caso de que ambas partes, actor y demandado, posean nacionalidad extranjera; d) Causas en que es parte un Estado extranjero, o una embajada extranjera, o embajadores, ministros o jefes de un Estado extranjero.

Veamos ahora, en particular, cada uno de estos supuestos:

7 a. Causas en que la Nación, o alguno de sus entes sea parte

En este caso la competencia federal se funda en los intereses generales del Estado Nacional ventilados en el pleito, o en el resguardo de las instituciones nacionales. Así lo establece el art. 116, C.N., y la ley 48 en sus arts. 12 y 2º, inc. 6 por el cual extiende la competencia federal a los casos en que un recaudador de las rentas nacionales sea parte (ej.: A.F.I.P.). Ello se aplica a los casos en que el Estado argentino o alguno de sus entes sea parte, aún si hubieren sido citados en calidad de terceros [39].

Surte también en casos en que un ente autárquico de la Nación sea parte, como por ejemplo, el Banco Central de la República Argentina [40]. Pero no surte la competencia federal en los casos de responsabilidad *accesoria*, como por ejemplo, cuando la Nación es citada en garantía por el asegurado [41], en casos de responsabilidad *indirecta*, en casos de garantía otorgada por el Estado, por ejemplo, por los depósitos en las entidades financieras [42]

(39) Fallos, 311:2728, «Piaza y Piana»
(40) Fallos, 311.2181, «Zajur de Arrieu»
(41) Fallos, 291 81, «García»
(42) Fallos, 310.1389, «Bergten»

La Nación, cuando concurre a un pleito en calidad de demandada siempre tiene derecho a la jurisdicción federal, aún cuando existiera litisconsorcio pasivo y los restantes codemandados no pudieran esgrimir tal defensa [43].

Además, si entre las partes originales del pleito existiere un convenio por el cual renuncian a la justicia federal, dicho convenio no le es oponible a la Nación o cualquiera de sus entes, cuando ocurren en calidad de terceros.

Como conclusión, entonces, tenemos que la competencia federal en razón de las personas cuando la Nación o alguno de sus entes es parte, procede en los siguientes casos: a) Estado Nacional o alguno de sus entes contra Estado extranjero, v.gr., cuando ....; b) Estado Nacional o alguno de sus entes contra un vecino de alguna provincia o viceversa, v.gr. cuando el Banco de la Nación Argentina demande a un cliente por un saldo impago en una cuenta corriente; c) Estado Nacional o alguno de sus entes contra un ciudadano extranjero y viceversa, v.gr., cuando la A.F.I.P. (ex D.G.I.) demande a un extranjero por una deuda tributaria, o cuando el extranjero decida obtener la nacionalidad argentina.

La competencia federal en razón de las personas, determinada por ser parte el Estado Nacional, o algunos de sus entidades, es *improrrogable* en las causas en donde se hallen comprometidos intereses patrimoniales o institucionales o resulte comprometida la actividad pública estatal o su responsabilidad. Por el contrario, podrá ser prorrogada a favor de los tribunales ordinarios de las provincias cuando el pleito se funde en derecho privado o común y no exista materia federal. Así lo ha entendido nuestro máximo tribunal.

Al respecto, cabe tener en cuenta lo dispuesto en el decr. 2481/93, en el sentido de que no surte la competencia del fuero federal cuando, aunque la Nación o alguno de sus entes, centralizados o descentralizados, ocurran ante los estrados judiciales, ya sea en calidad de actores o demandados, la causa no supere determinado valor pecuniario (el mencionado decreto fija como límite la suma de $ 1.000). Esto es, las causas cuya cuantía no supere dicho monto, deben ser tramitadas ante los tribunales ordinarios.

(43) Fallos, 310 2465, «Tierno»

Por lo demás, sólo resta agregar que los asuntos entre entidades nacionales están sustraídos de la órbita judicial cuando no se supere el monto aludido, entre ellos no puede haber reclamaciones pecuniarias por esta vía, exceptuándose de esta disposición solamente a la A.F.I.P. quien puede iniciar juicios en contra de los entes nacionales [44].

7.b. Causas entre vecinos de distintas provincias. Fuero de vecindad

La ley 48, en su art. 2°, inc. 2 establece que surte la competencia federal en «las causas civiles en que sean partes un vecino de la provincia en que se suscite el pleito y un vecino de otra». La finalidad de esta norma es evitar que el juez de una provincia pudiera favorecer indebidamente a un comprovinciano, en detrimento del otro litigante vecino de otra provincia, a fin de evitar enfrentamientos entre las provincias, y cumplir de esta manera los objetivos propuestos en el Preámbulo de nuestra Carta Magna cuando dice ... *«constituir la unión nacional»*, ... *«consolidar la paz interior»*, ... *«afianzar la justicia»*.

Según el mencionado artículo, sólo se aplica a las causas civiles, y su procedencia no puede ser invocada por el habitante de una provincia demandado ante sus tribunales, aunque el demandante se domicilie en otra, ya que a nadie le es permitido declinar los jueces de su propia jurisdicción [45]. No procede tampoco el fuero federal si dos vecinos de diferentes provincias radican su pleito ante los tribunales de una tercera provincia, ya que aquí no existen motivos para temer una parcialidad del juez.

La Corte Suprema ha entendido que cuando la Constitución habla de «vecinos» se refiere a argentinos domiciliados en diferentes provincias, y no a ciudadanos extranjeros [46]. Por lo que dos extranjeros residentes en distintas provincias no podrán invocar la procedencia del fuero federal [47]. Criterio que no resulta tan claro y cuya crítica pormenorizada trataremos en el punto siguiente

A fin de determinar cuál es el domicilio de una persona física, el art. 11, ley 48 establece que se produce «por la residencia continua de dos años, o por tener en ella propiedades raíces, o un establecimiento de industria o

(44) Art 92, ley 11 683; art. 25, ley 23 990
(45) Fallos, 310 1899, «Barros», 310 849 «Spezzano de Martín»
(46) Fallos, 135 431, «Noonan».
(47) Fallos, 275:507, «Crespo»

de comercio, o por hallarse establecido de modo que aparezca el ánimo de permanecer». La Corte ha dicho que debe atenderse al domicilio *real o voluntario*. O sea, la residencia, más el ánimo de permanecer allí [48].

Así, si una persona tiene la familia en un lugar y los negocios en otro, cabe tener en cuenta el primero [49]. Si tiene dos residencias alternativas, y en una de ellas inmuebles, a los fines de la competencia judicial se debe tener en cuenta este último [50].

En caso de personas jurídicas, excepto las sociedades anónimas, la ley 48 en su art. 10 establece que se deberá atender la situación particular de cada uno de sus componentes, de modo que la competencia federal debe ser procedente respecto de todos y cada uno de ellos, es decir que cada uno de ellos debe poder demandar o ser demandado ante los tribunales federales. En caso de las sociedades anónimas, la ley 48 en su art. 9° establece que *«serán reputadas para los efectos del fuero como ciudadanos vecinos de la provincia en que se hallen establecidas»*. Siguiendo su doctrina, en el sentido de que cabe considerar el domicilio real, la Corte ha establecido que «no cabe atender la vecindad de la persona jurídica en función de su domicilio estatutario, sino del centro de sus negocios» [51]. Para lo que se debe tener en cuenta el ejercicio concreto de su actividad, si por ejemplo, instala una sucursal en una provincia, debe entendérsela domiciliada en ella para el cumplimiento de las obligaciones allí contraídas [52]. También es necesario cumplimentar el requisito temporal, esto es, dos años de residencia en la provincia en donde se pretende tener domicilio.

Dicho fuero es prorrogable, ya sea expresa o tácitamente.

7.c. Causas en que es parte un ciudadano extranjero. Fuero de extranjería

La ley 48, en su art. 2°, establece la competencia federal para las «causas civiles en que sea parte un ciudadano argentino y un extranjero». El fundamento de esta norma tiene carácter histórico y era la desconfianza que tenía el constituyente sobre los poderes judiciales de las provincias,

(48) Fallos, 249.329, «Rodríguez».
(49) Fallos, 75 259, «Malbrán»
(50) Fallos, 10-276, «Videla»
(51) Fallos, 306 539, «Timbo».
(52) Fallos, 310-136, «Lazarte»; 310 2131, «Maine»

y con ella trata de proteger a los extranjeros ante fallas de los jueces provinciales, evitando reclamaciones hacia el Estado federal por parte de países extranjeros, y cumpliendo de esta forma el objetivo trazado en el Preámbulo de nuestra Constitución, *«... para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino...»*, de fomentar la inmigración.

La condición de extranjero debe ser fehacientemente acreditada en el proceso, conforme lo requiere el art. 332 C.P.C.N.. Acá también se debe atender al domicilio real, o lugar de residencia habitual [53].

Según la Corte, no procede el fuero federal por extranjería en los pleitos laborales [54], ni en los procesos penales por delitos comunes [55].

Tampoco procede el fuero federal en los casos en que ambas partes, actor y demandado, sean extranjeros, sin hacer referencia al lugar en donde habitasen. Criterio que no compartimos, pues, además de que la interpretación de la Corte distingue allí donde la Constitución no distinguió, realizando lo que Sagüés llama una interpretación mutativa por sustracción [56], nuestra Constitución, en su Preámbulo y en sus arts. 14 y 20 garantiza igualdad de derechos tanto para nacionales como para extranjeros, además, cuando la Corte ha interpretado el vocablo «habitante» lo ha hecho con un criterio amplísimo comprensivo no sólo del domicilio sino también de la «residencia», sea ésta temporaria o permanente, incluso de la simple «habitación». Nos explicamos:

Ya desde antiguo se ha expresado: *«el vocablo habitante, comprensivo tanto de los nacionales como de los extranjeros, se refiere a las personas que residen en el territorio de la República, aunque no tengan constituido precisamente un domicilio con todos los efectos legales de éste»* [57]. No sólo es habitante del país quien ha ingresado respetando la ley de inmigración, la ley de residencia, y los decretos reglamentarios, sino también aquél que se ha incorporado a nuestro país por medio de la «habitación» que ha establecido luego de haber ingresado a nuestro territorio de manera ilegal, en franca violación

(53) Fallos, 305.70, «Alfamar»
(54) Fallos, 306 368, «Salazar»
(55) Fallos, 311 411, «Patiñosegel»
(56) Sagüés, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, 3ra ed., Astrea, Bs As., 1999, t II, p. 15
(57) Fallos, 247-1990, «Fernández Arias, Elena»

a la legislación de la materia. Además, cabe puntualizar, que la legislación sobre admisión de extranjeros no establece plazos, pasados los cuales, el que entró en el país subrepticiamente puede considerarse habitante [58].

Como conclusión: si la Constitución garantiza igualdad de derechos tanto a nacionales como extranjeros, art. 20; si en su art. 14 establece que «todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos»...; y la Corte ha interpretado el vocablo «habitante» con un alcance amplísimo, como ya se ha descripto brevemente; entonces, no nos parece razonable negar la posibilidad de ocurrir ante el fuero federal a dos extranjeros domiciliados en distintas provincias por el solo motivo de que ambos revisten la calidad de extranjeros.

La competencia federal *ratione personae* basada en el fuero de extranjería es *prorrogable*, ya sea en forma expresa o tácita. Es una garantía a favor del extranjero, por tanto sólo a él le compete renunciarla.

7.d. Causas en que es parte un Estado extranjero, o una embajada extranjera, o embajadores, ministros o jefes de un Estado extranjero.

7.d.1. Causas en que es parte un Estado extranjero, o una embajada extranjera

Al respecto encontramos dos tesis, una *amplia* y una *restringida*. La tesis amplia sostiene que cuando sea demandado un Estado extranjero, éste goza de inmunidad de jurisdicción, que impone el *exequátur*, o previo consentimiento del Estado extranjero demandado para ser llevado a juicio. Esta fue la tesis receptada por el decr. ley 1285/58 y la anterior jurisprudencia de la Corte Suprema.

Por su parte, la tesis restringida distingue la calidad de los actos realizados por el Estado extranjero, según sean actos de gobierno o autoridad, *iure imperii*, en cuyo caso dicho Estado goza de inmunidad de jurisdicción y es necesario el *exequátur*, y los actos de mera gestión, o *iure gestionis*, de naturaleza comercial, industrial o financiera, para lo cual no es necesario el consentimiento del Estado extranjero a fin de someterlo a un proceso en nuestro país. Nuestro máximo órgano judicial, en el caso «Manauta» [59] cambia su criterio y adopta la tesis restringida, reconociendo inmunidad de jurisdicción a los estados extranjeros sólo con respecto a los actos de autoridad, o *iure imperii*.. Este es el criterio receptado actualmente por nuestra legislación, la ley 24.488, en su art. 2° establece que los estados extranjeros no podrán invocar inmunidad de jurisdicción cuando: «a) Se haya consentido expresamente a través de un tratado internacional, contrato escrito o una declaración determinada la jurisdicción de los tribunales argentinos; b) Sea objeto de una reconvención ligada a una demanda principal en la que es actor; c) La demanda versa sobre una actividad comercial o industrial desarrollada por el Estado extranjero y la jurisdicción de los tribunales argentinos surge de un contrato o del derecho internacional; d) Sea demandado por una cuestión laboral por nacionales argentinos o residentes en el país, derivada de un contrato celebrado en el país o en el exterior, pero con efectos en la República Argentina; e) Fuera demandado por daños y perjuicios derivados de delitos o cuasidelitos cometidos en el territorio nacional; f) Se trate de acciones respecto a bienes inmuebles situados en la Nación; g) Las acciones se basen en la calidad de heredero o legatario de bienes del Estado extranjero; h) Se ha acordado por escrito el sometimiento a arbitraje de todo litigio relativo a una transacción mercantil y se pretendiere invocar la inmunidad de jurisdicción.

Las embajadas y representaciones diplomáticas son equiparadas por la Corte a los Estados extranjeros [60], al igual que los organismos internacionales, como por ejemplo la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.) [61]. Sin embargo, en los casos de organismos internacionales no rige el principio de inmunidad de jurisdicción, ya que no corresponde efectuar la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, pues los actos realizados por estos organismos, si bien responden a una finalidad y objetivo público de los Estados miembros, no constituyen una manifestación inmediata y directa de la soberanía de un Estado

(58) Chausovsky, Gabriel B., "El Estado y la expulsión de extranjeros", Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales - Estado y Derecho, U.N.L., Santa Fe, 1997, N° 125, p. 169 y ss..

(59) «Manauta, Juan J. y otros c/ Embajada de la Federación Rusa», L.L., Derecho del Trabajo, 1995-A, p. 644.

(60) Fallos, 303 726, «Embajada de la República Federal Alemana»

(61) Fallos, 304 1956, «Soldán»

7 d 2. Causas en que sean parte embajadores o ministros públicos extranjeros o jefes de Estado

Aquí surte la competencia federal en virtud de los sujetos, los cuales son mencionados en los arts. 116 y 117 C.N., pero el art. 24, decr. ley 1285/58, añade también a las personas que compongan la legación y a los individuos de su familia

Según Sagüés, la mencionada disposición opera una mutación por adición del texto constitucional [62] ya que incorpora supuestos que la Constitución no contemplaba originariamente. Dicha prerrogativa ampara a los diplomáticos en tránsito por la República o que se apresten a volver a su país, pero no a los diplomáticos que han cesado en sus funciones [63].

Los jefes de Estado sorprendentemente no han sido mencionados ni por la Carta Magna, ni por la legislación, vacío que ha sido cubierto por la labor de nuestro máximo órgano judicial, quien los asimiló, juntamente con su esposa, a los embajadores.

Al igual que los Estados extranjeros, sus embajadores, jefes de Estado y agentes diplomáticos gozan de inmunidad de jurisdicción.

7.6. Competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, como cabeza del Poder Judicial y garante -en última instancia- de la supremacía de la Constitución, tiene facultades para entender en todas las cuestiones que susciten la competencia federal, basada en los arts. 116 y 117 C.N., y en la demás legislación infraconstitucional que sobre el particular dicte el Congreso. El art. 116 C.N., establece, en términos generales, cuáles son las causas y los asuntos de competencia federal, mientras que el 117 se refiere a los casos en que esa competencia corresponde a la Corte Suprema de Justicia [64].

La doctrina nos habla de competencia *originaria* y competencia *derivada*

(62) Sagüés, Néstor P., op. cit., p. 147.

(63) Fallos, 311:2347, «Holst».

(64) Confr. Zarini, Helio J., *Análisis de la Constitución Nacional*, Astrea, Bs. As., 1991, ps 440-441.

o por apelación, y esta última puede ser *ordinaria* o *extraordinaria*.

a) *En forma originaria*. Expresa el art. 117 C.N. «... pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros, y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente». Ello significa que la causa se radica directamente ante los estrados de nuestro máximo Tribunal, éste actúa como tribunal de única instancia, y su competencia no puede ser prorrogada a favor de ningún otro tribunal. Cabe distinguir la competencia originaria de la actuación de oficio, ya que si bien la Corte actúa en forma originaria, como tribunal en donde se inicia y fenece el pleito, sólo lo hace a requerimiento de parte -no de oficio- y en una causa contenciosa.

Corresponde a la Corte, entonces, intervenir en forma *originaria y exclusiva* en los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los asuntos en que una provincia sea parte.

a.1. Causas concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros

Corresponde a las causas que versen sobre derechos o responsabilidades de embajadores o personas que pertenezcan a una legación extranjera acreditada en el país, aun si la persona de que se trate se encontrara en tránsito en el país. La competencia originaria y exclusiva de la Corte procede en estos casos, sin distinguir la naturaleza pública o privada del derecho ventilado en el pleito. Así lo establece el art. 24, inc. 1° *in fine*, del decr. ley 1285/58, y se extiende a los familiares de los diplomáticos. Es necesario el *exequátur* o renuncia a la inmunidad de jurisdicción por parte del Estado al cual el diplomático pertenece y representa, a fin de poder dar curso a la acción. Es inherente a la naturaleza de la representación diplomática la inmunidad de jurisdicción y ello importa un derecho que puede renunciar el gobierno respectivo, siendo necesaria una manifestación expresa de voluntad en tal sentido, entendiéndose que el silencio equivale a la negativa [65].

No es necesario que el diplomático sea parte en el juicio, basta sólo con que lo que se ventila en el pleito «le concierna», esto es, le afecte de cualquier manera o circunstancia

Como se trata de una garantía establecida a favor de la persona, aquélla puede ser renunciada por el diplomático, prorrogando la

(65) Confr. Alsina, Hugo, op. cit., ps 750-751

competencia atribuida a la Corte a favor de los tribunales ordinarios.

La competencia originaria de la Corte no procede en las causas deducidas contra Estados extranjeros o una embajada extranjera, ya que la jurisdicción originaria compete sólo a los miembros diplomáticos representantes de dichos estados, acreditados en la República [66].

a.2. Causas en que es parte una provincia

La competencia originaria de la Corte procede en causas civiles en que una provincia es parte [67], cuando se aplique el derecho común instituido por el art. 75, inc. 12 C.N.. Es necesario que la Provincia sea parte esencial, en el pleito y con un interés originario y sustancial, tendiente al pronunciamiento de una concreta decisión judicial [68]. Es necesaria la calidad de parte, en sentido nominal y sustancial, ello significa que si una demanda se promueve en contra de una provincia, pero en realidad el objeto del juicio resulta de incumbencia de una entidad descentralizada provincial, autárquica, y con individualidad jurídica y funcional, y capacidad privada y pública para contratar y estar en juicio, no corresponde que se la identifique con el Estado provincial [69]. Tampoco procede la competencia originaria de la Corte en caso de actuar municipalidades o entes comunales, pues éstos no resultan identificables con el Estado provincial a los fines de establecer el fuero [70].

El tema plantea diversas hipótesis:

a.2.1. La Nación contra una provincia, o viceversa

En caso de que el Estado Nacional, o una entidad autárquica de la Nación, o una sociedad anónima con participación en forma mayoritaria del Estado Nacional litigue contra una provincia, o viceversa, el pleito es de competencia originaria y exclusiva de la Corte.

a.2.2. Provincia contra otra provincia

La C.N. prohíbe a las provincias solucionar sus diferencias mediante

(66) Confr. Palacio de Caeiro, Silvia B., «Competencia federal», L.L., Bs. As., 1999, p. 113
(67) Art. 12, inc. 4, ley 48.
(68) Confr. Zarini, Helio J., op. cit., p. 442
(69) Confr. Palacio de Caeiro, Silvia B., op. cit., p. 124
(70) Fallos, 317 1002 «Estado Naciona. (D G I) c Comuna de Casas de la Provincia de Santa Fe».
(71) Art. 127 C N.

el uso de la fuerza [71], y además, reconoce la autonomía política de cada una de las provincias, las cuales son anteriores a la Nación y conservan todo el poder no delegado a ésta [72], por lo que resulta imposible que una de ellas se someta a la jurisdicción de la otra, resultando lógico que sea la Corte Suprema el órgano judicial competente para entender en este tipo de causas.

Cabe puntualizar que si el conflicto versa sobre la fijación de los límites, es el Congreso de la Nación el ámbito adecuado para dirimirlo [73].

a.2.3. Provincia contra un vecino de otra, o contra ciudadano o Estado extranjero

Deben tratarse de causas civiles. Si se discuten cuestiones que versen sobre contratos administrativos, o actos legislativos o judiciales de una provincia no son de competencia federal [74], siendo el Poder Judicial de la provincia de que se trate el ámbito apropiado para ello.

a.2.4. Provincia contra vecinos de la misma provincia

La reforma constitucional de 1860 eliminó la competencia federal en este tipo de causas, salvo que ella resultare procedente en razón de la materia del pleito [75].

a.3. La legislación ha ido delineando otros supuestos de competencia originaria de la Corte, llenando de esta manera lagunas que presentaba el texto de nuestra Carta Magna, atendiendo, principalmente, a la actuación procesal de nuestro máximo Tribunal. Ellos son:

a.3.1. Cuestiones de competencia

Según el art. 24, inc 7, decr. ley 1285/58 corresponde a la Corte dirimir los conflictos de competencia suscitados entre tribunales del país que no tengan un órgano superior común que deba resolverlo.

a.3.2. Conflicto de poderes.

Basándose en el citado art. 24, inc. 7, del decr. ley 1285/58, la Corte

(72) Art. 121 C.N..
(73) Art. 75, inc. 15 C.N..
(74) Confr. Sagüés, Néstor P., op cit., p. 153
(75) Confr. Sagüés, Néstor P., op cit., p. 153

en el caso «Rodríguez, Jorge» puntualizó que «la invasión que un poder del Estado pudiera hacer respecto de la zona de reserva de actuación de otro importa siempre, por sí mismo, una cuestión institucional de suma gravedad, que independientemente de que trasunte un conflicto jurisdiccional o una conflicto de poderes en sentido estricto, debe ser resuelta por esta Corte, pues es claro que problemas de tal naturaleza no pueden quedar sin solución»

Teniendo especial consideración en que la República Argentina ha adoptado un sistema de control de constitucionalidad difuso, debemos interpretar esta doctrina como excepcionalísima, ya que de lo contrario se corre el riesgo de desnaturalizar el mencionado control de constitucionalidad, porque bastaría con que otro poder del Estado alegue que el Poder Judicial invade zonas reservadas de actuación propia de otros, en su función de controlar la constitucionalidad de los actos de los otros poderes del Estado, para que, sin más, el pleito se traslade ante el máximo Tribunal, el cual actuaría como un órgano de control de constitucionalidad concentrado.

También, la Corte ha aplicado esta normativa en casos de desobediencia de autoridades de otros poderes a órdenes judiciales.

a.3.3. Privación de justicia

Se habilita la intervención de la Corte Suprema en forma originaria en aquellos casos en que sea indispensable a fin de evitar una efectiva privación de justicia [76].

Según jurisprudencia de la Corte la privación de justicia se da no sólo cuando el afectado se encuentra ante la imposibilidad de recurrir a un tribunal competente o cuando la decisión judicial se aplaza en forma irrazonable, sino también cuando no se dan las condiciones para que los jueces ejerzan su imperio jurisdiccional de manera eficaz y concreta [77].

a.3.4. Ejercicio de poderes implícitos

La Corte ha argumentado la existencia de poderes implícitos, a fin de salvaguardar el libre ejercicio y la eficiencia de la función específica que a

(76) Art. 24, inc 7, decr ley 1285/58

(77) Fallos, 305 504, «Recch.a de Schedan», citado por Sagüés, Néstor P., op. cit., p. 155.

los jueces atribuyen los arts. 75, inc. 12 y 116 C.N.., ordenando ella misma el traslado dispuesto por un juez de un detenido, ante la desobediencia de la autoridad militar [78].

b) *En forma derivada.* Corresponde al Congreso de la Nación establecer cuándo procede la competencia de la Corte por vía impugnativa en contra de las resoluciones de los juzgados federales inferiores o de los tribunales superiores de Justicia de las provincias. Se distingue la competencia por apelación *ordinaria y extraordinaria.*

b.1. Competencia por apelación ordinaria. La ejerce en los siguientes casos:

b.1.1. Recurso ordinario de apelación contra las sentencias definitivas de las cámaras nacionales de Apelación, cuando: a) la Nación sea parte, y la cuantía del asunto supere determinado monto [79]; b) se solicite la extradición de criminales por parte de países extranjeros; c) causas a que dieren lugar los apresamientos o embargos marítimos en tiempos de guerra, sobre salvamento militar y sobre nacionalidad del buque, legitimidad de su patente o regularidad de sus papeles [80].

b.1.2. Recurso de revisión en materia penal. Ataca sentencias firmes condenatorias dictadas por la Cámara Nacional de Casación Penal que tuvieren alguno de los siguientes vicios: a) si hubiere sido dictada como consecuencia de prevaricato, cohecho u otro delito; b) si después del fallo de condena se comprobare que el hecho no existió, o que no fue cometido por el condenado, o que encuadra en una norma penal más favorable [81].

b.1.3. Recursos contra las sentencias definitivas de la Cámara Federal de la Seguridad Social, sin importar el monto del juicio [82].

b.1.4. Recurso directo por queja ante la denegatoria de los recursos mencionados precedentemente [83].

b.1.5. Recurso de queja por retardo de justicia en contra de las cámaras nacionales de apelaciones [84].

(78) «Berrueta», J.A., 1979-II-40, citado por Sagüés, Néstor P., op. cit., p 155.

(79) Lo actualiza periódicamente la Corte, según ley 21 708.

(80) Art. 24, inc 6, decr. ley 1285/58

(81) Art. 479 C PP.N., art. 24, inc. 3 decr. ley 1285/58.

(82) Art. 19, ley 24 463 «de solidaridad previsional»

(83) Art. 24, inc 4 decr ley 1285/58

(84) Art 24, inc 5 decr. ley 1285/58

6.2. Competencia por apelación extraordinaria

Establecida por el art. 14 de la ley federal 48, que regula el denominado *recurso extraordinario federal*. Es la vía que permite elevar a la Corte Suprema un litigio sobre el cual haya recaído sentencia definitiva emanada de un tribunal superior de Justicia de la provincia en donde se tramitó el pleito. Es un recurso de apelación que -como su nombre lo indica- es extraordinario, por lo tanto, excepcional, y en el orden federal importa una tercera instancia y con respecto a las justicias provinciales, una cuarta. Es la herramienta procesal más importante para el control máximo de constitucionalidad en la República, ya que la causa será examinada por el más alto Tribunal. Las causales de procedencia del recurso están establecidas en el art. 14, de la ley 48 y sus fines son: a) tutelar la primacía del derecho federal con respecto a las sentencias de tribunales provinciales; b) proteger la supremacía de la Constitución y de todo el derecho federal, respecto de todos los tribunales del país, incluso los que integran la justicia federal; c) uniformar la aplicación del derecho federal. Esto último es lo que la doctrina llama casación federal. A estas causales de procedencia, la labor pretoriana de la Corte Suprema le añadió otras: la «arbitrariedad» y la «gravedad institucional».

La Corte Suprema entiende también del recurso *directo* por denegatoria del recurso extraordinario federal, según lo establece el art. 24, inc. 4 decr. ley 1285/58.

CAPITULO VII

Organización judicial

Sumario: 1. Introducción. 2. Composición y competencias. 3. Estructura judicial. 3.1. Tribunales superiores. 3.2. Cámaras de apelaciones. 3.3. Cámaras de juicio. 3.4. Jueces de primera instancia. 3.4. Jueces de Paz. 3.5. Jueces penales, de Familia y de Conciliación 4. Otros funcionarios judiciales y auxiliares de la Justicia. 5. Apreciación crítica de la organización judicial.

1. Introducción

La función de administrar justicia está conferida a órganos públicos preestablecidos por el legislador. Estos órganos «*son reuniones o complejos de personas unificados por la idea fundamental del ejercicio de la función jurisdiccional*» [1].

El diseño de la organización judicial, se encuentra delimitada a partir de la Constitución Nacional, que en su art. 1° señala que «la Nación Argentina adopta como forma de gobierno el sistema representativo, republicano y federal». Ello determina un doble orden jurisdiccional: el nacional y el provincial. Así, el art. 5° C.N., impone a las provincias el deber de asegurar la administración de justicia, para lo cual los constituyentes de cada provincia instituyeron el sistema que consideraron más conveniente para el ejercicio adecuado de su función. Esta misión,

---

(1) Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1998, t. I, p. 112

ha sido ejercida dentro del marco de los poderes no delegados y reservados por las provincias, de acuerdo a lo establecido en el art. 104 C.N.. Este mandato sienta el principio de que las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal y, por consiguiente, administra justicia conformando la denominada «jurisdicción ordinaria», por oposición a la federal, conocida como de «excepción»

La doctrina ha señalado las reglas generales a las que responde toda organización judicial: normatividad, jerarquía, sedentariedad y permanencia [2].

Se dice que impera la «normatividad», por cuanto sólo es posible concebir una organización judicial desde el punto de vista normativo. La organización del Poder Judicial se halla instrumentada por reglas de naturaleza procesal que integran el orden público.

La idea de «jerarquía» es ínsita a toda organización, ya que existe una relación de subordinación, manifestada en un grado de dependencia del juez inferior al juez superior, en lo atinente al aspecto funcional (control de legalidad y de legitimidad de lo decido), que resulta delimitado por las normas adjetivas. Por tal razón, los órganos y colaboradores que componen la organización judicial, se agrupan en diversas categorías, a saber, la de magistrados, funcionarios y empleados.

La «sedentariedad» presupone que se administra justicia en una sede determinada, entendida por tal, el lugar geográfico donde tiene su asiento el tribunal. Vale decir, la organización judicial señala las sedes o lugares en que se sitúa el tribunal y el ámbito espacial en que habrá de administrar justicia, entendido como sitio topográfico del órgano mismo.

La organización judicial se caracteriza por ser «permanente». Ello significa que se estructura en base al criterio funcional, independientemente, del sujeto que tiene a su cargo prestarla, lo cual resulta contingente. «*Los sujetos físicos que componen el 'oficio' podrán pasar, dejando el rastro profundo de una poderosa personalidad rectora o la grisácea coloración de la mediocridad jurisdicente, pero la organización judicial siempre les involucrará*» [3].

La Constitución de la Provincia de Córdoba, dedica el Capítulo I de la Sección Tercera al Poder Judicial, que se refiere a su composición, a la

(2) Díaz Clemente *Instituciones de derecho procesal*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972, t. II A, p. 145
(3) Díaz, Clemente ob. cit. p. 149

exclusividad de la función judicial, a las garantías, deberes y prohibiciones de los jueces y a los mecanismos de designación y de destitución; a la justicia de paz, a la justicia electoral y al ministerio público.

El art. 152 de la Constitución de Córdoba, establece que el Tribunal Superior de Justicia es el órgano máximo del Poder Judicial, y deja librado a la ley la creación de los demás tribunales. De tal modo, el legislador es quien dicta las normas que precisen los órganos que administran justicia, para lo cual tendrá en cuenta razones de política procesal que consultan los criterios de oportunidad y de necesidad del servicio. En lo atinente a la determinación de los demás tribunales, ello resulta regulado por la ley orgánica del Poder Judicial (ley provincial 8435).

En el orden nacional, el órgano de mayor jerarquía es la Corte Suprema de Justicia de la Nación cabeza visible del Poder Judicial (art. 108 y ss.). Este máximo tribunal tiene a su cargo la misión de ser la última voz del ordenamiento jurídico ya que ejerce entre otras funciones, como la más preponderante, el control jurisdiccional de constitucionalidad. El control de constitucionalidad consiste en verificar jurídicamente si lo dispuesto en las resoluciones de los distintos tribunales resulta opuesto o no con los principios contenidos en la Constitución Nacional de: a) de la legislación; leyes, decretos, resoluciones administrativas y ordenanzas, tanto nacional, federal, provincial o municipal; b) de los actos administrativos de los poderes públicos (nacionales o provinciales); y c) de las sentencias definitivas del último tribunal de la causa, en este caso a través de recurso extraordinario por sentencia arbitraria o gravedad institucional [4].

2. Composición y competencias

Como hemos apuntado, en la cabeza del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba se ubica el Tribunal Superior de Justicia, integrado por siete miembros según lo dispuesto por el art. 164 de la Const. Pcial.. Este cuerpo

(4) Confr Quiroga Lavié, H., *Derecho constitucional*, Depalma, Bs. As., 1993, t. 3, p. 468, cit. por Ortiz Pellegrini, Miguel A., Junyent Bas, Graciela y Della I. Carta, *El control de constitucionalidad*, Lerner, Cba., 1997, p. 26

colegiado puede actuar dividido en salas dada la multiplicidad de materias que debe resolver. Ellas son, la Civil y Comercial, la Laboral, la Contenciosa Administrativa, la Penal y la Electoral.

La Constitución de Córdoba establece genéricamente la competencia material del Poder Judicial en el art. 160, cuando le asigna el conocimiento de los puntos regidos por la Constitución, por los tratados que celebre la Provincia, por las leyes y demás normas provinciales y las normas del art. 75 inc. 12 C.N.

También, con buena técnica legislativa, precisa la competencia «material» del Tribunal Superior de Justicia e indica en qué casos conoce y resuelve en forma originaria y exclusiva y en pleno, es decir, como tribunal de única instancia, y en qué casos conoce dividido en salas. Asimismo, establece la competencia «funcional» o de grado del Tribunal Superior de Justicia en su competencia derivada; esto es, para el conocimiento y resolución de las impugnaciones ordinarias o extraordinarias que correspondiera según la ley. También, en algunos casos, intervendrá en pleno, es decir, con integración de todos sus miembros y, en otros, por intermedio de sus salas [5].

La Constitución Provincial confiere también al Tribunal Superior de Justicia, en el carácter de órgano máximo, ciertas atribuciones no jurisdiccionales que hacen al gobierno del Poder Judicial. De este modo, se establece el alcance y los límites de las facultades con que cuenta este órgano para determinar reglas en pro de un mejor funcionamiento de los tribunales (art. 166 Const. Pcial.). Ello afirma la «autonomía» e «independencia» del Poder Judicial, respecto de los otros poderes.

Así, por ejemplo, tiene facultades para dictar el reglamento interno, el que debe responder a los principios de celeridad, eficiencia y descentralización; ejerce la superintendencia de los tribunales y tiene facultades de iniciativa legislativa ya que eleva a la Legislatura por intermedio del Poder Ejecutivo proyectos de leyes sobre organización y funcionamiento del Poder Judicial, etcétera

(5) El art. 165 de la Constitución Provincial de Córdoba dispone: «*Competencia*. El Tribunal Superior de Justicia tiene la siguiente competencia 1) Conocer y resolver originaria y exclusivamente, en pleno: a) De las acciones declarativas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, cartas orgánicas y ordenanzas, que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución, y se controviertan en caso concreto por parte interesada b) De las cuestiones de competencia entre poderes públicos de la Provincia y en las que se susciten entre los tribunales inferiores, salvo que éstos tengan otro superior común c) De los conflictos internos de las municipalidades, de una municipalidad con otra, o de éstas con autoridades de la Provincia. d) De las acciones por responsabilidad civil promovidas contra magistrados y funcionarios del Poder Judicial, con motivo del ejercicio de sus funciones sin necesidad de remoción previa 2) Conocer y resolver, en pleno, de los recursos extraordinarios de inconstitucionalidad. 3) Conocer y resolver, por intermedio de sus salas, de los recursos que las leyes de procedimientos acuerden 4) Conocer y resolver de la recusación de sus vocales y en las quejas por denegación o retardo de justicia de acuerdo con las normas procesales.

3. Estructura judicial [6]

El análisis de la organización judicial argentina, debe realizarse tomando como arquetipo el seguido en el orden nacional. Esto es así, ya que las provincias han seguido la forma externa tripartita que culmina en un tribunal superior y se integra con cámaras de apelación y con juzgados de primera instancia [7].

Esta modalidad es mantenida en los fueros organizados con sistema de juicio prevalentemente escrito, como es el caso del fuero civil y comercial de nuestra provincia de Córdoba. En cambio, en los sistemas con juicio oral, se opta por el trámite de instancia única que se manifiesta en su estructura con jueces de trámite y cámaras que intervienen como tribunales de sentencia, tal sucede en el fuero penal, laboral y de familia para la ciudad de Córdoba.

3.1. Tribunales superiores

Como hemos apuntado, a la cabeza de los poderes judiciales de las provincias se encuentran tribunales de jerarquía suprema; bajo una denominación genérica se les denomina «supremo tribunal» o «corte suprema», cuyo rasgo definitorio es que están estructurados en forma de organismo colegiado, singular en un territorio jurisdiccional determinado y con una competencia limitada y acotada material y funcionalmente. La competencia funcional, generalmente, está referida tanto a impugnaciones

(6) Acompañamos como elemento didáctico corroborante de lo expuesto un organigrama del Poder Judicial obtenido vía Internet actualizado al año 2002

(7) Díaz, Clemente A., ob. cit., t. II A, p. 150

de carácter extraordinarias por vía derivada como en el conocimiento de cierto tipo de asuntos originariamente. Además, tienen funciones de control y de vigilancia de los demás miembros del Poder Judicial, conocidas comúnmente como facultades de superintendencia [8]. Por último, ejercen la representación del Poder Judicial, a través de su presidentes [9].

Estos órganos presentan una conformación pluripersonal, ya que se manifiesta en la reunión de varios sujetos, generalmente, en número impar y encabezados por un presidente, que se elige por un periodo determinado. El carácter distintivo de este organismo es que su voluntad se vierte en forma de colegio. Al respecto se ha precisado que *«la pluripersonalidad del tribunal no presupone su colegialidad: un tribunal puede estar formado por varios jueces (pluripersonalidad), pero solamente existirá colegialidad cuando aquéllos deliberen y decidan un mismo asunto, reunidos de tal manera, que su decisión pueda invocarse como la voluntad del órgano colegiado y no como expresión de un voto personal que se suma al de los demás miembros»* [10]. Ello importa que las decisiones que adopten lo serán en base a una labor conjunta y previa deliberación del cuerpo.

Caber advertir, que la colegialidad de los tribunales superiores presenta diferentes gradaciones, en el sentido que para ciertos casos se exige la opinión del cuerpo completo, resolviendo, entonces, en pleno, por ejemplo, en la materia de inconstitucionalidad. Otras veces, aunque no siempre se autoriza la división en salas en atención al principio de especialidad, por materias o simplemente para la mejor distribución del trabajo.

Los tribunales superiores o cortes supremas de las provincias, tienen la característica de ser tribunales singulares, ya que en la jurisdicción respectiva no existe otro tribunal de idéntica jerarquía. El Tribunal Superior de cada provincia es único y supremo dentro de los límites geográficos de su territorio.

Esta singularidad se manifiesta en todas las funciones que ejerce ya sea la asignada por competencia funcional y las administrativas, por ejemplo, en relación a las facultades de superintendencia y como órgano

(8) La ley orgánica del Poder Judicial (Lp 8435) señala en el art. 12, cuáles son las facultades de superintendencia que le competen al Tribunal Superior de Justicia

(9) El art. 14 de la ley orgánica del Poder Judicial, atribuye la facultad de representarlo al presidente del Tribunal Superior de Justicia

(10) Díaz, Clemente ob cit., p. 152

dirimente en las cuestiones y conflictos de competencia, conforme lo dispuesto por las normas adjetivas

3.2. Cámaras de apelaciones

Los sistemas de doble instancia imponen la creación de cámaras de apelaciones, que se manifiestan como tribunales pluripersonales, divididos en orden a los fueros y que en lo interno se constituyen con diferentes modalidades, esto es, por unidades independientes o únicas divididas en salas Estos tribunales, por regla general, conocen y deciden de los recursos ordinarios de apelación y por nulidad deducidos por las partes en contra de lo resuelto por un juez de primera instancia. Como se advierte, las cámaras intervienen ejerciendo un «control» sobre la legalidad y justicia de lo decidido por el inferior; dicho de otro modo, revisa dentro de los límites de la impugnación y respetando las reglas de la congruencia la sentencia dictada por el juez de primera instancia. Excepcionalmente, puede un tribunal de grado emitir un juicio nuevo en base a hechos que se introduzcan en la segunda instancia por revestir la característica de ser «hechos nuevos», conforme lo autorice la ley procesal.

La doble instancia es propia de los tribunales que se organizan en base al procedimiento escrito, tal sucede, por ejemplo, en el fuero civil y contencioso administrativo. Pero, cabe señalar, que también se reconoce la posibilidad de la doble instancia para otros fueros como el penal, laboral, y de familia, no obstante estar organizados como tribunales de instancia única. Es que en estos ámbitos se admite para competencias más reducidas, trámites incidentales u otras cuestiones que son resueltos por jueces instructores de primera instancia, la posibilidad de revisión por órganos jerárquicamente superiores y a través de recursos ordinarios.

En efecto, ello sucede así ya que, por ejemplo, las resoluciones que en materia penal adopte el juez de control pueden ser impugnadas por vía de recurso de apelación ante lo que se denomina la Cámara de Acusación [11]. Idéntica situación se presenta en el ámbito del fuero de

(11) La Cámara de Acusación, era una cámara del Crimen que tenía como única competencia la de resolver este tipo de recursos Sin embargo, recientemente, ella ha sido eliminada distribuyendo la competencia para resolver, los recursos ordinarios por sorteo entre todas las cámaras del Crimen que existan (ley provincial)

familia y en el laboral. Por ejemplo, de las resoluciones que dicte el juez de familia en las cuestiones asignadas a su propia competencia pueden deducirse recursos ordinarios ante la Cámara

3.3. Cámaras de juicio

La categoría de cámaras de juicio, se corresponde con las cámaras del Crimen, las cámaras de Familia y las de Trabajo. Estos órganos jurisdiccionales, por regla general colegiados, son tribunales de sentencia ya que tienen por fin decidir, en definitiva, sobre la pretensión esgrimida.

Las cámaras del Crimen constituyen el tribunal por ante quien se lleva a cabo el juicio plenario, que habrá de resolver sobre si existe certeza de que el acusado es penalmente responsable del delito que se le atribuye y eventualmente imponerle una pena. Sin embargo, la ley autoriza a estos tribunales a conocer sobre la pretensión punitiva a través de salas unipersonales, salvo que se trate de una causa compleja o que la defensa del imputado se opusiere al ejercicio unipersonal [12].

Por otro lado, cabe señalar, que Córdoba tiene un fuero de familia especializado cuya organización y procedimiento está regulado por las leyes provinciales 7675 y 7676. Este fuero adopta el sistema de juicio oral de instancia única para el denominado «juicio común» y actúa únicamente a través de un tribunal colegiado. Lamentablemente, no se ha previsto la opción de actuar en salas unipersonales, no obstante, que en su

(12) El art 34 C PP regula la competencia material de las cámaras del Crimen, del siguiente modo «La Cámara en lo Criminal, a través de sus salas unipersonales o como Tribunal Colegiado -de conformidad a lo previsto en los arts 34 bis, 34 ter, 34 quater y concordantes-, juzgará en única instancia de los delitos cuyo conocimiento no se atribuya a otro Tribunal» A su vez, el art 34 ter establece a modo de excepción los casos en que el Tribunal debe ejercer la jurisdicción en colegio Así dispone «no obstante lo previsto en el artículo anterior, la jurisdicción será ejercida en forma colegiada en los siguiente supuestos· 1) Cuando se tratare de causas complejas, a criterio del Tribunal conforme a lo previsto en el art 361, segunda parte. 2) Si la defensa del Imputado se opusiere a ejercicio unipersonal de la jurisdicción a tenor de lo establecido en el art. 361, segunda parte *in fine* 3) En los casos en que se hubiere dispuesto la integración con jurados, de acuerdo a los art 361 y 369. 4) En ejercicio de la competencia atribuida a la Cámara de Acusación, en las circunscripciones judiciales donde estos tribunales no se hubieren establecido»

competencia se encuentran cuestiones cuya sencillez no justifica el colegio (vgr. los juicios de divorcio por presentación conjunta de los arts. 205, 236 C.C., juicios de adopción sin oposición, etcétera) [13].

En los procesos suscitados con motivo de las relaciones de trabajo, el trámite se inicia ante los jueces de Conciliación, que actúan como instructores y continúa en la Cámara de Trabajo, que constituye el órgano de sentencia que también se encuentra autorizado para actuar en salas unipersonales [14]. Asimismo, las cámaras del Trabajo, conocen y resuelven las apelaciones deducidas en contra de las resoluciones dictadas por los jueces de Conciliación [15]. La Cámara del Trabajo es un órgano colegiado que se compone por salas integradas por tres miembros, pudiendo conocer en forma unipersonal de los asuntos de menor importancia [16].

3.4. Jueces de primera instancia

Los jueces de primera instancia constituyen el primer peldaño de la estructura judicial, y son quienes inicialmente asumen el asunto que es presentado por el justiciable. Generalmente, esta descripción es coincidente con la organización de la justicia civil. Por ello, es que su función presenta una marcada relevancia, ya que una buena justicia de primera instancia, contribuye con los fines de pacificación social, requeridos

(13) Ley provincial 7676

(14) La ley provincial 7987 es la que regula el procedimiento ha seguir por ante los tribunales del Trabajo. Por acordada Nº 53, serie A., del Tribunal Superior de Justicia, de fecha 15 de marzo de 1994, se dispuso por razones de mejor servicio la autorización de las cámaras laborales para actuar como salas unipersonales

(15) El art. 3º de la ley 7987, dispone: «Las cámaras del Trabajo conocerán· 1) En única instancia, en juicio oral, público y continuo, en los conflictos previstos en el art. 1º, excepto de aquellos que tengan un trámite especial previsto por esta ley 2) En grado de apelación, de las resoluciones de jueces de conciliación cuando correspondiere y en las regulaciones de horarios que aquellos practiquen, imposición de costas y medidas cautelares, estas últimas al solo efecto devolutivo»

(16) El art 30 de la ley orgánica del Poder Judicial dispone· «La Cámara del Trabajo se compondrá de salas integradas por tres miembros. El Tribunal Superior de Justicia, por razones de mejor servicio, podrá establecer que los miembros de las salas intervengan unipersonalmente en el juzgamiento de los asuntos de menor complejidad que determine»

por el legislador. Estos magistrados tienen un contacto directo con el objeto del proceso, con las partes y con las pruebas

Por regla general, son «monocráticos» y conocen el objeto litigioso en toda su extensión; son quienes convocan a las partes, dirigen el proceso, reciben las pruebas y deciden sobre las pretensiones hechas valer en juicio por ellas.

3.5. Jueces penales, de Familia y de Conciliación

El juez de Instrucción, tiene a su cargo llevar adelante la investigación penal preparatoria, cuando el sindicado como presunto autor de un hecho delictivo goza de privilegios constitucionales. En este caso, las actuaciones reciben el nombre de «investigación jurisdiccional» y configura una modalidad similar pero diferente de la investigación fiscal preparatoria y permite recabar elementos para fundar la acusación.

También juzga como tribunal de única instancia en los casos del juicio abreviado previsto en el art. 356 C.P.P., y ejerce el control jurisdiccional, al resolver sobre las oposiciones deducidas por el imputado o su defensa en contra de las resoluciones o requerimientos del fiscal de Instrucción [17].

El juez de Familia, por su parte, tiene una competencia compleja, por cuanto en algunos supuestos interviene como juez instructor (cuestiones que deben tramitarse por juicio común como, divorcio, adopción, filiación, etcétera) y, en otros, conoce como tribunal de sentencia (juicios especiales que le son atribuidos, cuestiones relativas a medidas cautelares, guarda tenencia, cuota alimentaria, etcétera).

En el primer caso, interviene en los procedimientos que tramitan como juicio común y en tal supuesto se encargan de recibir las postulaciones y la prueba. Así, entienden en la demanda, contestación,

(17) E. art. 338 C PP, dispone «En los casos que la ley autoriza la oposición a una resolución o requerimiento del Fiscal de Instrucción, ésta se deducirá ante quien la dictó en el término de tres días, salvo que se establezca otro trámite. Si el Fiscal mantuviera su decisión, elevará la oposición en igual término ante el juez de Instrucción, junto con las actuaciones y sin perjuicio del cumplimiento de los actos urgentes de investigación. El juez resolverá en el término de tres días.

oposición de excepciones previas, del ofrecimiento de prueba y diligenciamiento de ella, salvo la prueba oralizada que se lleva a cabo en la Cámara de Familia. Ante el juez de Familia se realiza, antes de la traba de la litis, una audiencia que tiene algunas similitudes con la preliminar en donde se intenta la conciliación y, en caso contrario, se traba la litis.

En segundo lugar, como se dijo, tienen competencia para resolver los asuntos que tramiten como juicio especial y, en este caso, intervienen como juez de sentencia [18].

También conocen de todas las medidas urgentes que las partes peticionen. Tal sucede cuando le son requeridas medidas cautelares referidas a la fijación de alimentos provisorios, *litis expensas*, tenencia y régimen de visitas, etcétera [19].

En materia laboral, la instancia se inicia por ante los jueces de Conciliación que actúan como jueces instructores en el caso de los procesos de conocimientos, y son jueces de sentencia para las cuestiones incidentales. En el primer caso, conocen de las actuaciones que se practiquen para entablar y contestar la demanda y operan la conciliación previa propia del proceso laboral. Además, como se dijo, cuentan con atribuciones para resolver las cuestiones incidentales, el despacho de medidas precautorias y en la ejecucion de sentencia. Respecto de toda esta actividad actúa como tribunal de apelación, la Cámara de Trabajo.

(18) El art. 85 de la ley 7676, dispone: «Las demandas fundadas en las causales previstas en los incs 2, 8, 9, 12, 13, 14 y 15, en su caso, del art. 16, se promoverán ante el juez de Familia y se tramitarán por el procedimiento del juicio verbal. La resolución será apelable». A su vez, el art. 16 dispone: «Los tribunales de familia conocerán de las siguientes causas: ...inc. 2) venia supletoria matrimonial y otras autorizaciones; ...inc. 8) guarda de menores no sometidos al patronato;.. inc 9) régimen de visitas;...inc. 11) adopción de personas....inc. 13) autorización para disponer o gravar bienes de menores y en los supuestos del art 1277 C.C.; ..inc. 14) en los conflictos personales en las uniones de hecho estables, sumariamente acreditadas, aunque no haya habido descendencia, cuando hubiere violencia y no fuere competencia de otros fueros; ...inc. 15) toda otra cuestión personal derivada de la relación de familia»

(19) El art. 21 de la ley 7676, atribuye a los jueces de familia la siguiente competencia «..inc. 4) en la fijación provisoria de alimentos, litis expensas, régimen de visita, exclusión del cónyuge del hogar conyugal y guarda de menores no sujetos a patronato y en los casos previstos en los incs. 14 y 15. En estos últimos casos, también podrán ordenarse medidas de protección temporales cuando la urgencia y circunstancias del caso las justifiquen procurando dar solución inmediata a conflicto»

3.6. *Jueces de Paz*

La justicia de Paz, tal como está organizada actualmente en nuestra provincia, depende del Poder Ejecutivo, ostenta una escasa competencia y actúa como delegada del Estado como amigable componedor o con reglas de un buen padre de familia, esto es, *et aquo et bono*. No tiene, en consecuencia, la estabilidad, propia de los órganos estrictamente jurisdiccionales. Las atribuciones y funciones de los jueces de Paz, se encuentran reglamentadas en los arts. 49 y 51 de la ley orgánica del Poder Judicial [20]. Por regla general, estos jueces cuentan con una competencia reducida que se manifiesta en asuntos de poca cuantía y de escasa complejidad [21]. Además, tienen competencia para el despacho de medidas urgentes con cargo de remisión al juez que tenga competencia en esa jurisdicción, v.gr. el despacho de embargos preventivos urgentes.

Nuestra Constitución Provincial de 1987 contiene un importante capítulo dedicado a la justicia de paz vecinal también conocida como de las pequeñas causas. Así, el art. 167 deriva su organización a la reglamentación legal que a tal efecto se dicte. Ello no se ha realizado, no

(20) El art. 49 de la ley orgánica provincial, Nº 8435, prevé que «los jueces de Paz de campaña conocerán 1) de los asuntos civiles y comerciales en que el valor cuestionado no supere los cuarenta jus, excluidos los juicios universales. Para la determinación del valor económico de pleito se tomará en cuenta el capital actualizado a la fecha de la iniciación de la demanda. En caso de que no pueda determinarse el valor de los bienes, derechos o créditos litigiosos será competente el juez en lo Civil y Comercial que corresponda. 2) De las causas sin contenido patrimonial que se susciten entre los vecinos derivadas de molestias o turbaciones entre ellos, actuando como amigables componedores. 3) De los asuntos de convivencia familiar desempeñando una función de guía y asesoramiento, como amigables componedores. 4) De los asuntos que se les atribuyan por otras leyes»

(21) El art. 51 de la ley orgánica del Poder Judicial, fija cuáles son las atribuciones de los jueces de paz de campaña al establecer: «El juez de Paz de campaña tendrá las siguientes atribuciones: 1) Intervenir en el otorgamiento de poderes en los lugares donde no hubiere escribano público. 2) Proveer a la seguridad y conservación de los bienes del causante previo inventario y dando cuenta de inmediato a juez competente cuando hubiere herederos menores, incapaces o ausentes o se tratara de una herencia vacante. 3) Ejecutará los mandamientos de embargo, secuestro, desalojo y otra diligencia ordenada por otros tribunales. 4) Corregir las faltas disciplinarias de las personas que actuaren en los juicios por medio de apercibimientos y de multas que no excedan de diez jus, sin perjuicio del recurso de reposición. 5) Solicitar el auxilio de la fuerza pública cuando fuere necesaria para el cumplimiento de sus funciones. 6) Ejercer la guarda de la documentación y bienes del juzgado».

obstante haberse presentado diversos proyectos y suscitado un notable interés; ello es lamentable para ciudades densamente pobladas como es el caso de Córdoba. La norma constitucional establece pautas de actuación para esos jueces y su labor se desarrollará conforme al principio de descentralización de sus asientos y tendrán competencia material en la resolución de cuestiones menores y vecinales. Actuarán mediante un procedimiento verbal, sumarísimo y de características arbitrales.

4. Otros funcionarios judiciales y auxiliares de la justicia

El desempeño de la función judicial por parte del juez exige la realización de numerosos actos materiales y una actividad ordenatoria judicial que es desarrollada por el personal que se encuentre bajo las órdenes directas del juez o de una persona que responde a él con relación a esa actividad [22]. Se trata de colaboradores directos, que se visualizan en la persona del secretario, y demás integrantes de la secretaría. Componen este personal: el prosecretario letrado, el asistente del juez y los demás empleados de la secretaría.

Los secretarios son los jefes de la oficina, por lo tanto, su función es la de preparar el despacho, colaborar con el juez en general y vigilar que los empleados a sus órdenes cumplan con sus tareas y demás deberes que el cargo impone. Además, su función es la de ser fedatarios y, por tal motivo, la ley pone a su cargo la obligación de llevar los libros reglamentarios, la de conservar bajo su custodia los bienes, expedientes, y documentos de la oficina, etcétera. Tiene el deber de entregar previa constancia los bienes, expedientes y documentos a las personas que la ley autorice, el de otorgar recibos de los documentos bajo su custodia; por otra parte, debe llevar el control del movimiento de fondos depositados en cada juicio y suscribir bajo su responsabilidad, juntamente con el juez, las órdenes de pago respectivas. Como custodio de la documentación, puede disponer la remisión al archivo de los expedientes, documentos y libros en las épocas y modos previstos en los reglamentos respectivos; interviene con el tribunal en el despacho de las causas; vigila el

(22) Díaz, Clemente A., ob. cit., p. 436

cumplimiento de las leyes fiscales y previsionales, y realiza toda otra función que les asignen las leyes y las acordadas del Tribunal Superior de Justicia

Los prosecretarios letrados revisten la calidad de ser colaboradores directos del secretario, desempeñando las tareas que éste le indique, cumplen las funciones asignadas al secretario cuando lo reemplace y son los responsables de confeccionar estadísticas y de mantener actualizados los ficheros de jurisprudencia. Por otra parte, firman cédulas de notificación, citaciones, oficios, cargos de escritos, y cualquier otra función que les asignen las leyes y las acordadas del Tribunal Superior [23].

El estudio completo de la organización judicial, impone también incluir los llamados auxiliares de la justicia que se presentan como ejecutores de las órdenes impartidas por el juez. Incluimos, en esta categoría, al oficial de Justicia, que reviste la calidad de ser un auxiliar y su función se limita a ejecutar los mandamientos de embargos, secuestro, desalojo y toda otra diligencia ordenada por los tribunales. También colaboran, los oficiales notificadores y ujieres, cuya misión es la de practicar las notificaciones dentro y fuera del radio, respectivamente, conforme lo determine la reglamentación.

Además, integran el Poder Judicial otras reparticiones que cumplen tareas administrativas o de colaboración con la Justicia, según las necesidades del servicio. En general, ellas dependen del Tribunal Superior de Justicia y pueden nominarse como Dirección de Superintendencia, Dirección de Servicios Judiciales, Dirección de Administración, Dirección de Archivos General y de Informática. También para un mejor servicio de justicia, se ha instrumentado un cuerpo de peritos judiciales oficiales que pertenecen al Poder Judicial.

5. Apreciación crítica de la organización judicial

Se ha descripto la forma de organización judicial, en forma aséptica y puramente descriptiva. Esta se repite con ligeras distinciones en las estructuras de cada provincia

(23) La ley orgánica en sus arts 76 y 81 reglamenta las funciones del secretario y prosecretario conforme lo dispuesto en el Acuerdo Reglamentario Nº 218, «A», del 12/8/91 y Acuerdo Reglamentario Nº 579 «A», del 13/2/0.

Sin embargo, es necesario decir que el servicio de justicia está en crisis.

Así, podemos hablar de una crisis institucional que se refleja en la falta de credibilidad que el sistema genera en los justiciables. Ella ocasiona inseguridad y desconfianza en la gente, crisis organizativa y de infraestructura y crisis operativa por deficiencia, mal funcionamiento o manejo por parte de los operadores de las normas procesales.

Por ello, se imponen cambios profundos que deben dirigirse en distintas direcciones:

1. A los cuerpos legales a fin de que resulten idóneos para cumplir con los fines de la jurisdicción.

2. A los operadores jurídicos (legisladores, jueces, abogados y personal judicial en general) porque ellos serán los protagonistas en el cambio. A tal efecto, deben entenderlo y aceptarlo y ello tendría un efecto expansivo en la sociedad.

3. A la organización judicial, ya que sus estructuras están obsoletas.

Sobre este último punto queremos profundizar y efectuar algunas reflexiones. En efecto, la organización judicial debe ser cambiada, remozada, para que resulte funcional a las actuales circunstancias.

Ello es así ya que el mandato constitucional de afianzar la justicia debe cumplirse para evitar el riesgo del debilitamiento de la sociedad y el sentimiento de frustración institucional. Si ello no se logra, el Poder Judicial no cumple con su misión más importante: la pacificación.

A las carencias recurrentes y tradicionales del Poder Judicial, se suman nuevas exigencias de una sociedad cada vez más dinámica y compleja. Así, el incremento de la litigiosidad, hace obligado acometer reformas profundas. En lo estrictamente procesal, se pretende que la justicia actúe con rapidez, eficacia y calidad, con métodos más modernos y procedimientos menos complicados. Que se cumpla satisfactoriamente su función constitucional de garantizar en el tiempo razonable los derechos de los ciudadanos y de proporcionar seguridad jurídica, al actuar con pautas de comportamiento y decisión previsibles. Que actúe como poder independiente, unitario e integrado, con una estructura vertebrada, regida por una coherencia institucional que le permita desarrollar más eficazmente sus funciones constitucionales [24].

(24) Concepto tomado del llamado Pacto para la reforma de la Justicia, celebrado entre el gobierno español y el P.S.O.E., 22/5/01

Es necesario, a tal efecto, el diseño de un nuevo modelo que trascienda intereses coyunturales y excluyentes, y proponga soluciones integrales y perdurables, con el fin de compatibilizarlo con las necesidades de los ciudadanos y los desafíos de una sociedad avanzada y democrática para el siglo XXI [25].

Con el fin de dar respuestas válidas y duraderas a esta temática, se abre paso una nueva rama del derecho procesal. Es el llamado derecho procesal organizacional que procura determinar cuáles son los problemas más acuciantes y cuáles son sus posibles soluciones en un abordaje de tipo integral. El derecho procesal organizacional implica aplicar los lineamientos sobre organización del trabajo a la justicia [26].

La especificidad de esta disciplina del derecho procesal ensancha sus márgenes tradicionales y apunta a un universo más amplio y comprensivo del tradicional, abordándolo desde nuevas ópticas. En tal sentido, la tarea que se propone deberá realizarse con el auxilio indispensable de otras disciplinas o utilizando algunos elementos que éstas proporcionan.

Modernamente, se propone un original enfoque que sugiera formular modelos duraderos y propicios para el cambio integral; se propone una reforma integral de la organización judicial que no se limita a la modificación y racionalización de la infraestructura sino que comprende también otros aspectos para que el cambio resulte eficiente

Esto debe ser tratado desde el ámbito de lo que se denomina política judicial y que no se agota en lo puramente normativo sino que comprende, asimismo, propuestas metodológicas de trabajo dirigidas a todos los órdenes de la labor judicial.

Quiroga Lavié [27] propone como punto de partida lo que denomina como una nueva forma de compromiso para lograr modificaciones en el

---

(25) Ferreyra de de la Rúa, Angelina, «Derecho procesal organizacional», Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal (N° 5), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U N C , Mediterránea, Córdoba, 2001, p 53

(26) Quiroga Lavié, Humberto, «La formación del derecho procesal organizacional», publicado por la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, Bs As., 1998. Además Bielsa Rafael A , «El sistema judicial», publicado por el Ministerio de Justicia de la Nación, Secretaría de Justicia, Bs As , 1994

(27) Quiroga Lavié, Humberto, ob cit , en nota 2, p. 52

quehacer judicial. Desde el punto de vista de su organización, su enfoque sugiere comenzar la tarea clarificando cuáles son sus fines inmediatos y mediatos a efectos de orientar la acción. Implica, en consecuencia, planificación estratégica a corto, mediano y largo plazo. Su objeto final, además, está en garantizar la eficacia de la tarea para cumplir con los fines del proceso.

Así se señala, como tema preponderante, la desburocratización de la tarea judicial. Esto comprende desde la elección del sistema procesal y sus reglas estratégicas como también la capacitación del personal del Tribunal. Abarca, además, temas de organización de infraestructura lo cual supone planificación, relevamiento de problemas y resultados de la actividad jurisdiccional, con el fin de proponer soluciones.

En esta tarea cobra relevancia la realización de estudios estadísticos y de encuestas. En tal sentido, ellas servirán para la formulación de diagnósticos y mediciones cuantitativas y de calidad que resultan indispensables.

Se pretende, en líneas generales, organizar al Poder Judicial, con pautas modernas y planificar el desarrollo de las tareas, estableciendo a tal fin políticas claras para superar el trance. A tal efecto, el planteo debe ubicarse por encima de su solución coyuntural y cortoplacista que ahogan reformas integrales y deben dirigirse a la elaboración de propuestas perdurables.

Se propone el control de gestión que debe ser efectuado en forma planificada por grupos externos para ejercer dicha función. En tal sentido, cabe señalar, lo deficiente que resultan las tareas de inspección que se realizan en los tribunales a través de la Fiscalía General. En efecto, se trata de una tarea formal sin objetivos claros por lo que las propuestas de cambio responden solamente a la coyuntura pero no se proyectan a un verdadero cambio de la organización con perspectivas de futuro.

La tarea de organización comprende, también, la de emplear eficaz y eficientemente a los recursos humanos y, a la vez, el establecimiento adecuado de competencias.

Lo cierto es que no existe una sola causa de disfuncionalidades de la justicia sino que ellas se combinan y, generalmente, resultan crónicas por repetición. Sin embargo, ellas pasan inadvertidas por lo que se mantienen las diferencias organizativas de la estructura burocrática judicial y de sus reglas.

Algunas de ellas han sido abordadas y tradicionalmente solucionadas de la misma manera, haciendo caso omiso de fracasos anteriores: más jueces, más tribunales, más leyes.

Otro motivo de disfuncionalidad y quizás el más trascendente está en la falta de revisión periódica, de las reglas operacionales. Ellas deben efectivizarse conforme a un diagnóstico previo a fin de proponer un programa y elegir los procedimientos que han de seguirse. Suponen entonces, planificación, actuando críticamente en la equidistancia entre contenidos procesales y efectos deseados [28].

La modernización de la justicia, requiere un esfuerzo profundo comprensivo de muchos aspectos. A este efecto, esta disciplina troncal denominada como derecho procesal organizacional funcionaría como coordinadora y ordenadora de las demás propuestas que se formulen. Se señala, la importancia de reestructurar el funcionamiento del servicio judicial pero a tal fin es indispensable lograr un consenso logrado de todos sus operadores. Si ello no se alcanza, si no funciona el grupo de trabajo, si no se integra, si no concurren todas las voluntades, seguramente su funcionamiento devendría en ineficaz. Esto es así, ya que las partes, los abogados y la sociedad toda deben estar correctamente graficadas en la red comunicacional del sistema judicial. Por no estarlo es que son vulnerables las organizaciones judiciales [29].

La comunicación deben cumplir adecuadamente con la función de informar, persuadir, promover acciones, facilitar los contactos entre quienes operan el cambio.

En síntesis, deben tenerse en cuenta al efecto los siguientes factores para el cambio:

a) Una adecuada distribución de la competencia y, consecuentemente, una división por fueros a fin de lograr una distribución equitativa de causas y posibilitar la especialización por materia (comercial, familiar, etcétera).

b) A tal efecto, es indispensable definir racionalmente sus límites a fin de evitar conflictos entre los tribunales que suscita atrasos en la causa.

c) La aplicación de reglas y principios procesales idóneos y modernos en los que se asentará el trabajo según sus características especiales.

(28) Nogueira, Carlos con Morello, Augusto; Berizonce, Roberto y Hitter Juan C., en *La justicia entre dos épocas*, Lep, La Plata, 1983, p. 14. «La transformación del proceso civil y político procesal», p. 14

(29) Quiroga Lavié Humberto, *Derecho procesal organizacional*, H C.D., Bs. As., diciembre 1998, p. 171

d) La realización de estadísticas, diagnósticos y seguimientos.

e) El establecimiento de oficinas de servicios generales a fin de no superponer tareas.

f) Incorporación de los adelantos de la técnica.

g) La organización de un adecuado servicio de comunicación entre los distintos órganos jurisdiccionales.

Respecto de la informatización del servicio de justicia, actualmente se expresa que todo lo repetitivo debe hacerse a través de la máquina, a fin de que todo lo creativo pueda ser realizado por el tribunal a fin de ahorrar energías y facilitar el trabajo.

A tal fin, por ejemplo, pueden establecerse reglas operativas, con fundamento en la economía procesal como, por ejemplo, la de que todos los juicios de una persona en un mismo fuero sean asignados a un mismo tribunal.

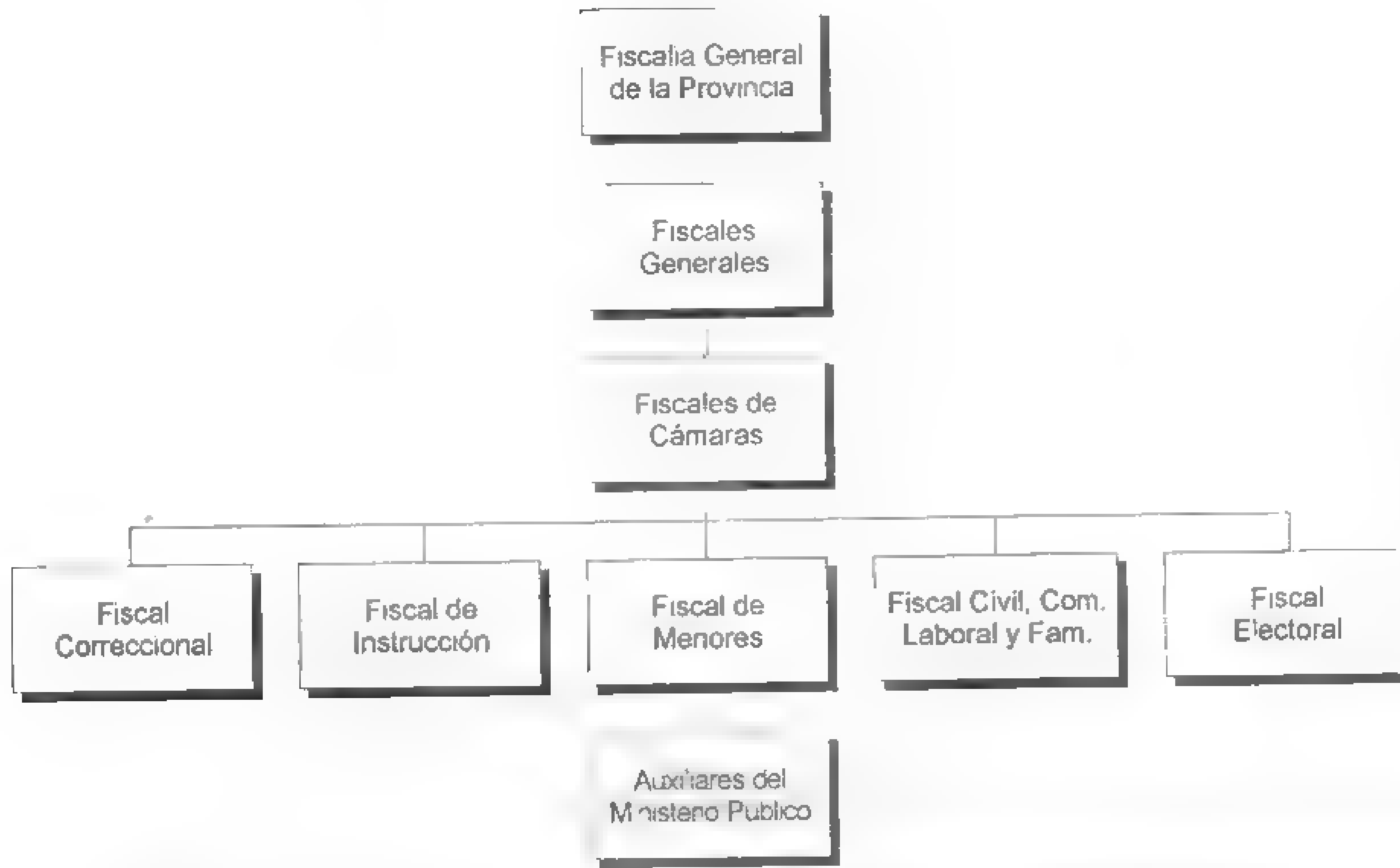
Será necesario propiciar la creación de mesas funcionales y oficinas de trámites generales, y accesibles.

Por otra parte, la dinámica del cambio impone la experimentación de nuevas unidades de actuación jurisdiccional (juzgados modelos y oficinas generales de apoyo).

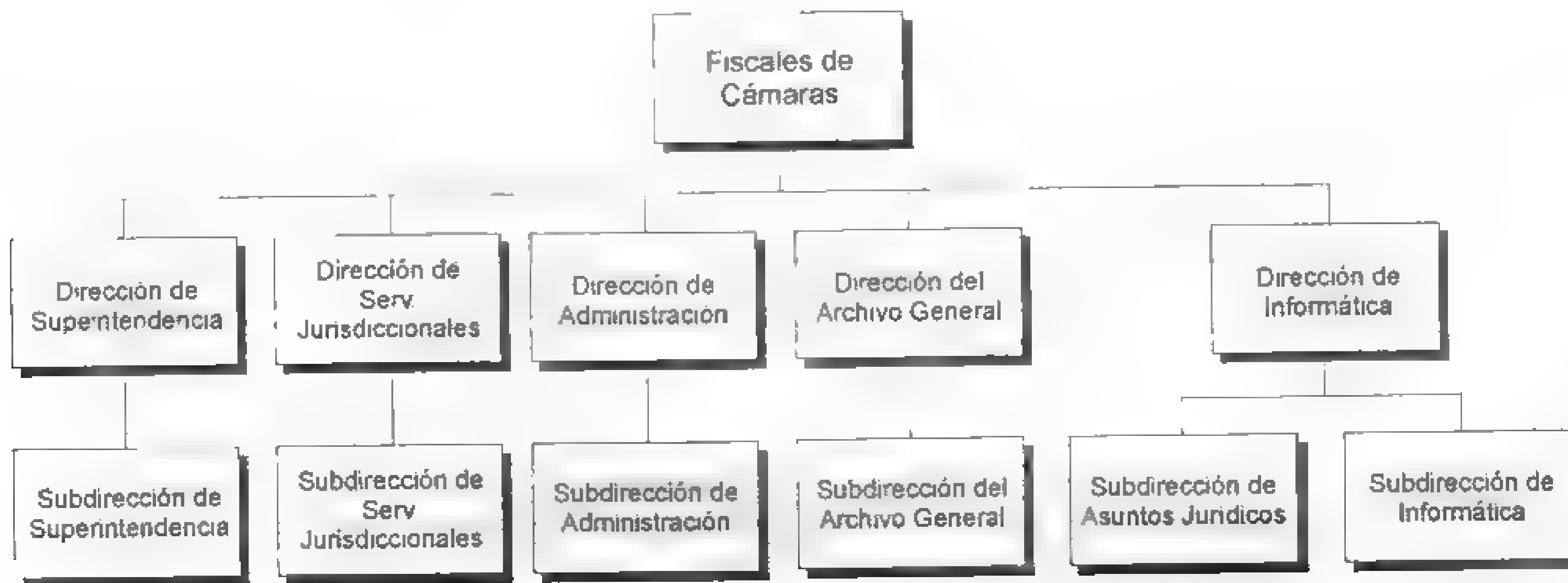
Concluimos afirmando que es imprescindible para el éxito del cambio, tener en cuenta, al momento de crear tribunales, que no basta con la instalación de nuevos modelos o cumplimentación de óptimos sistemas procesales, sino que además es menester garantizarlos. En este sentido, hacemos nuestra la expresión del maestro Morello quien propone la instalación de una justicia vecinal o de pequeñas causas para la provincia de Buenos Aires, pero expresamente manifiesta una restricción: no deben crearse nuevos tribunales sin perspectiva de futuro; esto significa que deben existir previsiones para la provisión de equipos materiales y humanos, caso contrario el sistema fracasa y aborta la experiencia [30].

(30) Morello, Augusto, «Los tribunales de pequeñas causas para el conurbano bonaerense», El Derecho N° 9254, año XXXV, mayo 1997 «*En ningun caso se habilitarán unidades jurisdiccionales que no cuenten con los recursos humanos y materiales suficientes para su adecuado y eficaz funcionamiento*».

Ministerio Público



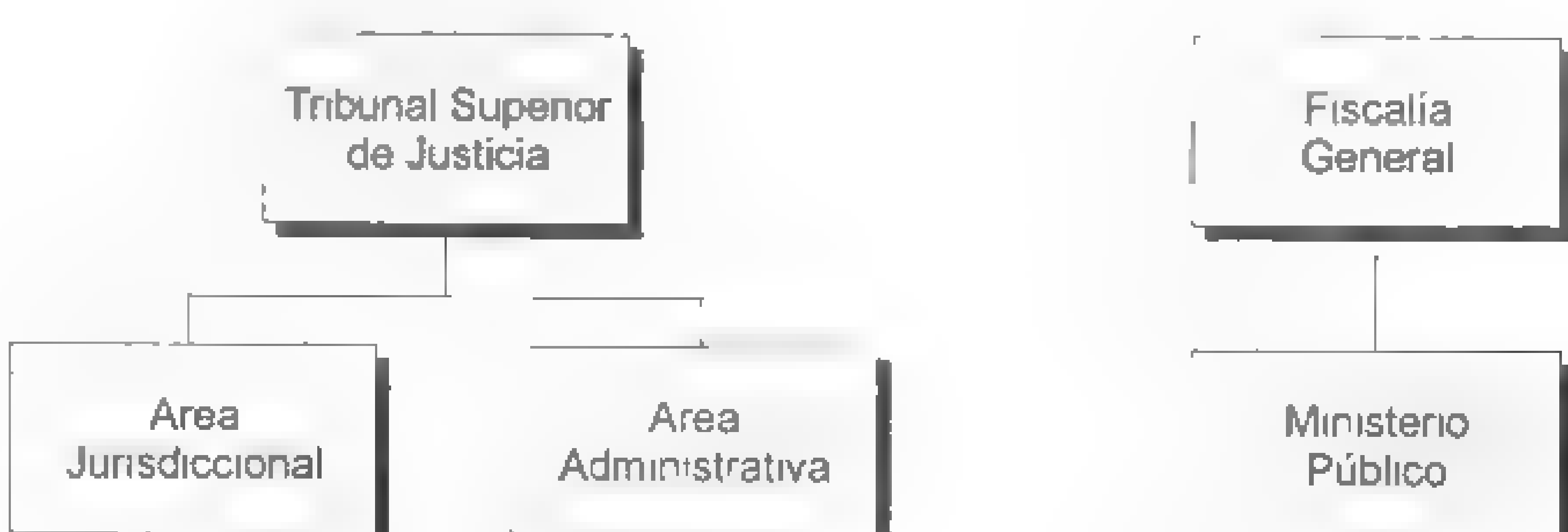
Area Administrativa



Area Jurisdiccional

	CIVIL Y COMERCIAL	PENAL	LABORAL	CONTENC. ADMINIST.	MENORES	FAMILIA	ELECTORAL
T.S.J.	Rel. Civil y Comercial; Sec. Civil y Comercial	Relatoría Penal; Secretaría Penal	Relatoría Laboral; Secretaría Laboral	Rel. Cont. Administ.; Sec. Cont. Administ.			Rel. Sala Electoral; Sec. Sala Electoral
CAMARAS	C. Civil y Comercial	C. del Crimen; C. de Acusación	C. del Trabajo – Salas	C. Cont. Administ.		C. de Familia	
JUZGADOS	J. Civil y Comercial; J. Conc. y Sociedades	J. de Instrucción; Juzg. Correcc.; Juzg. de Faltas; Juzg. de Control	J. de Conciliación		J. Menores Corrección; J. Menores Prevención	Juzg. de Familia	Juzgado Electoral
ASES.	Asesoría Civil	As. Letrada Penal	Asesores de Trabajo		Asesores de Menores	Asesores de Familia	
AUXS.		Auxiliar Técnico			Equipo téc. de Menores	Cuerpo Aux. Téc. Mun.	

Información General: Estructura Funcional



En esta página se identifican las tres grandes áreas en que se divide el Poder Judicial

- Area Jurisdiccional
- Area Administrativa
- Ministerio Público

CAPITULO VIII

El juez o tribunal

Sumario: 1. El juez o tribunal. 2. Caracteres. 3. Poderes y atribuciones. 4. Deberes y garantías. 5. Inhibición y recusación. 5.1. Modalidades. 5.1.1. Recusación sin causa. 5.1.2. Recusación con causa. 5.1.3. Causales de recusación. 5 1.4 Legitimación para recusar. 6. Sistema de designación de los jueces. 6.1. En el orden nacional. 6.2. En el orden provincial. 7. Sistemas de remoción.

1. El juez o tribunal

La función jurisdiccional se ejerce, por personas a quienes el Estado inviste con la dignidad de magistrados y cuyo conjunto constituye la administración de justicia [1].

El tribunal es el órgano público que integra la relación procesal y es establecido institucionalmente, por lo que resulta determinado, previamente, por la ley; su función primordial es la de impartir justicia y se personifica en la figura del juez.

El órgano jurisdiccional se manifiesta ya sea en forma unipersonal o plural, en este último caso, generalmente, está integrado por un conjunto

---

(1) Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed , Ediar, Bs As., 1957, p. 196.

impar de jueces El tribunal es la materialización concreta del órgano decisor; es un órgano técnico, aunque excepcionalmente, se conforma con jueces o jurados y, en otros casos, a través de jueces árbitros que son jueces particulares que actúan en tal calidad o como amigables componedores en los supuestos que la ley autoriza

En el ejercicio de la función jurisdiccional, el Tribunal ejerce actividades denominadas de instrucción, ordenación y de decisión; ellas se desenvuelven dentro de un régimen de autonomía funcional, que constituye uno de los soportes de la garantía de imparcialidad.

El juez posee la calidad de magistrado y por ello se le exigen ciertas condiciones para asumir esta función sumamente delicada. En este orden de ideas es que se resguarda el ejercicio de su potestad, estableciendo condiciones para su designación y a través de garantías que hacen a su independencia, a la inamovilidad en sus funciones y a la intangibilidad de sus remuneraciones. Por ello, se ha dicho que *«su misión no puede ser ni más augusta ni más delicada, puesto que a él le está confiada la protección, la vida y los bienes de sus conciudadanos»* [2].

El órgano jurisdiccional actúa en diferentes materias, en lo civil, en lo penal, en lo familiar, en lo laboral, etcétera. Y, según sean los intereses que se tutelan y el derecho de fondo que se pretende realizar, serán diferentes las formas de organización de los tribunales y aun podrían resultar cambiantes la elección de los sistemas procesales elegidos según las circunstancias. Así, se le otorgarán mayores o menores poderes o facultades de injerencia en el trámite según la decisión de la política legislativa tomada por el operador jurídico, en consonancia, con la Constitución Nacional y Provincial.

2. Caracteres

En virtud del emplazamiento del Tribunal, esto es, como integrante de un poder, reviste, indudablemente, el carácter de ser público. Se trata de un órgano creado para la administración de justicia y se visualiza en la persona de un magistrado o funcionario del Estado.

(2) Ob. cit., p 196

También se le asigna como particularidad la de ser un órgano permanente que consulta el principio axil del juez natural. Esto es así en virtud de lo normado por el art. 18 C.N., que prohíbe la formación de comisiones especiales, para resolver jurisdiccionalmente un caso determinado. Este pensamiento se completa con lo fijado por el art. 96 C.N., que asegura la permanencia de los jueces en sus cargos mientras dure su buena conducta.

Lo caracteriza, también, el carácter de sedentariedad que significa que cada Tribunal desempeña sus funciones en un ámbito geográfico determinado por la ley y establecido como sede [3].

Ahora bien, en relación a las calidades personales exigidas para el ejercicio de la magistratura, tanto en la Constitución Nacional, cuanto en la Provincial, completado el sistema por las leyes que las reglamentan, se requieren condiciones de idoneidad especiales para el ejercicio de la magistratura. Así, se impone que se trate de una persona que posea versación jurídica, es decir, que ostente el título de abogado, con cierta antigüedad en el ejercicio profesional o en su defecto en la magistratura. Además, el texto constitucional, requiere un mínimo de edad para el desempeño del cargo que varía según sea el que se trate [4].

3. Poderes y atribuciones

El tema de los poderes y atribuciones que se conceden a los funcionarios se encuentra vinculado íntimamente con las facultades y cargas impuestas a las partes. Así se advierte en las diferentes organizaciones judiciales existentes en el país mayores potestades concedidas a los tribunales, con lo que se habla de jueces activistas, directores y protagonistas de los procesos La contrapartida está dada

(3) De este modo, la ley 8000, en su art. 1° establece que «el territorio de la provincia se dividía en diez circunscripciones judiciales».

(4) El art 158 Const. Pcial., establece que «para ser miembro del T.S.J. se requiere tener 12 años de ejercicio de la abogacía o de la magistratura, para vocal de Cámara ocho, para juez seis y para asesor letrado cuatro. En todos los casos, ciudadanía en ejercicio, treinta años de edad para los miembros del T.S.J. y veinticinco para los restantes»

por la figura del juez pasivo, espectador, y carente de facultades. Entre estos extremos, juez-director y juez-espectador, existen modelos intermedios que se vinculan en muchos casos con la naturaleza de la cuestión sustancial que deben resolver. Esta concesión o restricción de los poderes de los tribunales en las leyes formales tiene vinculación directa en casi todos los casos con las facultades, deberes y cargas que se conceden a las partes, en el proceso civil o al imputado en el proceso penal.

El poder característico de la función judicial es el estrictamente jurisdiccional y que es comprensivo de una serie de facultades que con mayor o con menor amplitud se le conceden a los jueces en los ordenamientos procesales. Así, la función jurisdiccional por excelencia es la decisoria que se realiza por medio del dictado de decretos, autos interlocutorios y sentencias. Esta última, constituye el acto jurisdiccional por excelencia y condensa la potestad del juez de resolver en forma definitiva sobre las pretensiones esgrimidas por las partes

Además, se les concede *facultades para corregir errores materiales*, aclarar conceptos oscuros o suplir cualquier omisión que hubieren incurrido en su sentencia. Asimismo, pueden requerir en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación [5].

En el deslinde de facultades de los jueces deben mencionarse las *facultades ordenatorias* que se ejercen a lo largo del juicio y que se manifiestan por el proveimiento que efectúan los tribunales a las peticiones de las partes o a las necesidades en el trámite o en casos excepcionales oficiosamente.

También se le otorgan a los jueces *facultades instructorias* con el fin de facilitar su tarea tendiente a esclarecer la verdad sobre sus dichos y ella puede sólo ejercitarse en la medida que no se quiebre la igualdad de las partes.

A los jueces se les otorgan, además, *facultades disciplinarias* que pueden ejercer a lo largo del trámite y que, generalmente, se manifiestan con la imposición de multas u otras sanciones a los litigantes que violenten las reglas de la lealtad y buena fe procesal.

---

(5) Art. 58 «En cualquier estado de la causa, los tribunales podrán decretar audiencias para aclarar puntos dudosos o procurar avenimientos o transacciones. La facultad de los tribunales para decretar audiencias extraordinarias, se entenderá sin perjuicio de los plazos fijados para dictar resolución o sentencia»

4. Deberes y garantías

Es deber primario y fundamental de los jueces el de administrar justicia cada vez que tal actividad les sea requerida en un caso concreto. Deriva, por un lado, de la relación funcional que vincula al juez con el Estado hallándose regida como tal por los principios generales del derecho administrativo. Por otro lado, se correlaciona con el derecho que tienen las partes o peticionarios en el sentido de que sus reclamos sean resueltos o proveídos con prescindencia del contenido de la decisión, conforme a la garantía constitucional del acceso a la jurisdicción. Se trata de un poder-deber propio de la jurisdicción que impone al juez pronunciarse sobre las pretensiones hechas valer en juicio, de acuerdo a lo establecido en el art. 15 C.C.; esto es, que no pueden dejar de juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.

Por otra parte, entre los deberes formales, cabe destacar que los magistrados y funcionarios judiciales tienen el deber de prestar juramento antes de asumir sus funciones, están obligados a concurrir a sus despachos en los horarios de atención al público; deben resolver las causas dentro de los plazos fatales que las leyes procesales establezcan y sus resoluciones deben tener contener fundamentación lógica y legal (art. 155 Const. Pcial., y art. 118 C.P.C.).

Este deber encuentra su correlato en el art. 382 C.P.C., en cuanto exige a los tribunales colegiados la obligación de dar a conocer en público sus sentencias.

Por otra parte, los magistrados son designados conforme lo establece la Constitución en el art. 157 y gozan de una serie de garantías y prerrogativas que, fundamentalmente, hacen a la independencia en su cargo. Así, son inamovibles y conservan sus cargos mientras dure su buena conducta; sólo pueden ser removidos por mal desempeño, morosidad, negligencia grave, desconocimiento inexcusable del derecho, comisión de delitos, o inhabilidad física o síquica.

Reciben por sus servicios una remuneración determinada por y que, según el mismo texto constitucional, no puede ser disminuida por acto de autoridad (art. 155 Const. Pcial.).

5. Inhibición y recusación

La imparcialidad del juez es el pilar básico y fundamental del sistema judicial; a tal fin, el legislador ha previsto un medio eficaz para garantizar

su neutralidad, cuando se encuentre sospechado y, por ende, exista una inhabilidad subjetiva

Es necesario recordar que el ordenamiento jurídico garantiza a través de sus normas la imparcialidad del juez al momento de resolver. A tal efecto, los códigos contienen prescripciones tendientes a sustraer al juez del conocimiento de una causa cuando pueda verse comprometida su objetividad. Así, se prevé el apartamiento de los tribunales cuando los magistrados tengan vínculos de afecto, de enemistad o de interés respecto de las partes, imputados o sus letrados que puedan influir en su imparcialidad. A tal fin, la ley acuerda a los litigantes el instituto de la recusación. Este instrumento permite eliminar de la relación procesal al juez sospechado. En correlato, la ley le reconoce a los jueces de los distintos tribunales la posibilidad de apartarse del conocimiento de la causa cuando se encuentren comprendidos en alguna causal de recusación. Esto es, lo que sea ha dado en llamar la «excusación de los magistrados». Por eso se ha dicho *«que la excusación se presenta como la contrapartida o reverso de la recusación que es un derecho de los litigantes, al paso que la excusación configura un deber del juez»* [6].

Algunos, sostienen que *«la recusación y excusación desplazan la competencia del juez o tribunal que está entendiendo o debe entender hacia otro juez, fundándola en circunstancias subjetivas relacionadas con los sujetos que intervienen en ese proceso»* [7].

La recusación, por lo tanto, es el medio acordado por la ley procesal a las partes a fin de apartar a un juez del conocimiento de una causa, cuando por algún motivo existan dudas sobre su imparcialidad.

La institución de la recusación se vincula con el fin mismo al que aspira la justicia, es decir, trata de impedir que los sujetos a cuyo cargo está la misión de juzgar actúen favoreciendo a alguna de las partes en desmedro de la contraria; alcanza no sólo a los jueces de los distintos tribunales, sino también a todos los que de alguna manera puedan influir en la suerte del proceso. La ley ha extendido los efectos y funciones de la recusación a otros funcionarios y auxiliares. Así pueden también

(6) Palacio - Alvarado Velloso ob cit , p. 388

(7) Podetti, *Tratado de la competencia*, Ediar, Bs As., 1973, p. 567; Vescovi, Enrique, *Teoría general del proceso*, Temis, Bogotá, Colombia, 1984, p. 149

ser sujetos pasivos de recusación los árbitros, peritos, conjueces, secretarios y los miembros del ministerio público. Esta extensión a otros funcionarios, se sustenta en que si bien no ejercen la función de resolver, su intervención es cercana a ella y puede tener incidencia en las resultas del pleito. Por ello, también es indispensable que tengan aptitud subjetiva, esto es, sean imparciales.

La recusación asegura la idoneidad subjetiva del órgano, resguarda el derecho de defensa en juicio de las partes, y contribuye a generar la confianza del justiciable en sus jueces.

5.1. Modalidades

Tradicionalmente, la doctrina ha distinguido dos formas para efectuar la recusación: con expresión de causa y la conocida como sin expresión de causa. En verdad, tanto en una como en otra existen motivos para recusar, sin embargo, el legislador ha dispensado a la parte recusante, en el último caso, de expresar y de probar la causal en que ella se sustenta.

Consideramos que la recusación sin causa importa un instituto valioso, y constituye una garantía para los litigantes. Sin embargo, su empleo abusivo, genera entorpecimiento en el trámite y, en definitiva, contribuye a generar los «tiempos muertos del proceso». Por tal razón, es que la jurisprudencia ha limitado su admisión resolviendo que «es de carácter excepcional y de interpretación restrictiva».

5.1.1. Recusación sin causa

En el ámbito del proceso civil, el Código en su art. 19 establece una limitación para las partes que sólo pueden recusar sin expresión de causa al juez, en ciertas y determinadas oportunidades: al entablar o contestar la demanda y al momento de oponer excepciones. Le asiste también este derecho, al finalizar la tramitación del pleito; así las partes podrán hacerlo dentro de los tres días de notificado el llamamiento de autos para definitiva o del decreto de avocamiento. El límite se impone también al establecer la ley que esta posibilidad de recusación sin causa sea utilizada en una única oportunidad en toda la tramitación del pleito; esto significa que podrá deducirse contra el juez de primera instancia, contra uno de los jueces de cámara o respecto de alguno de los miembros del Tribunal Superior de Justicia en forma excluyente

Por otra parte, objetivamente, también se limita este instituto estableciéndose que no podrá ser utilizado en cuestiones incidentales, en procesos concursales, en las diligencias preparatorias de los juicios, en las que tienen por objeto asegurar el resultado del juicio, en la ejecución de diligencias comisionadas, a menos que fuesen probatorias, y en las diligencias para la ejecución de la sentencia, a no ser por causas nacidas con posterioridad a ella.

En el ámbito del proceso penal rigen las disposiciones que habilitan el ejercicio de esta facultad, pero acotado en el aspecto subjetivo ya que sólo podrá ejercitarla el imputado o su defensor en una única oportunidad y referida a algunos de los jueces integrantes del tribunal de juicio (art. 66 C.P.P.).

5.1.2. Recusación con causa

La recusación con causa ha sido recibida en forma uniforme en los ordenamientos adjetivos y su fundamento está dado por una extensión de la regla constitucional de la independencia del Poder Judicial dirigida a la persona del juez. Si el juez se encuentra relacionado con alguna de las partes por razones de amistad íntima, enemistad manifiesta, por tener sociedad o comunidad de intereses o relación de parentesco, debe apartarse del conocimiento de la causa. Los códigos diferencian la hipótesis de si la causa fue anterior a la iniciación del pleito o nació con posterioridad, esto es, durante su transcurso. Se establecen por razones de seguridad jurídica y de economía, límites temporales para deducir el incidente de recusación con causa.

La interposición del planteo de recusación o del correspondiente pedido de excusación por parte del juez puede suscitar una incidencia que, en definitiva, si sucede, deberá ser resuelta por el superior común.

5.1.3. Causales de recusación

Realizaremos un análisis genérico de las distintas causas que enumera el art. 17 C.P.C. [8] y que se reiteran con ligeras diferencias en el C.P.P. y, en los demás ordenamientos procesales.

(8) Art. 17 - Constituyen causas legales de recusación:
1) Ser el juez cónyuge o pariente de alguno de los litigantes dentro del cuarto grado de consanguinidad o por adopción plena, segundo de afinidad o por adopción simple

El tratamiento pormenorizado de causales se hará con vinculación directa al Código Procesal Civil de la Provincia de Córdoba, pero las razones y sus argumentos son válidos también para los otros ordenamientos legales.

En primer lugar, abordamos los motivos de recusación que se fundan en las causales vinculadas al *afecto* que puede existir entre el juez y algunos de los sujetos intervinientes en el juicio. La locución afecto, es comprensiva de un estado de ánimo del juzgador referido, particularmente, con el amor. Ello es natural cuando el juez se encuentra relacionado con alguna de las partes o sus letrados por vínculos

2) Tener el juez, su cónyuge o sus parientes consanguíneos, afines o adoptivos, dentro de los grados expresados, sociedad o comunidad con alguno de los litigantes, salvo que la sociedad fuera por acciones.
3) Tener el juez, su cónyuge, o sus parientes consanguíneos, afines o adoptivos, dentro de los grados expresados, interés en el pleito o en otro semejante.
4) Tener pleito pendiente con el recusante, a no ser que hubiese sido iniciado por éste después que el recusado hubiere empezado a conocer del asunto
5) Ser acreedor, deudor o fiador de alguna de las partes.
6) Haber sido denunciante o acusador del recusante o haber sido, antes de comenzar el pleito, acusado o denunciado por éste
7) Haber promovido alguna de las partes, antes de comenzar el proceso, juicio de destitución en su contra, si la acusación hubiere sido admitida.
8) Haber sido apoderado o patrocinante de alguna de las partes; emitido dictamen sobre el pleito como letrado o intervenido en él como representante de los ministerios públicos o perito; dado recomendaciones sobre la causa; o conocido el hecho como testigo.
9) Haber recibido el juez, su cónyuge o sus parientes consanguíneos afines o adoptivos, dentro de los grados expresados, beneficios de importancia, en cualquier tiempo, de alguno de los litigantes; o si después de iniciado el proceso hubiere recibido el primero, presentes o dádivas aunque sean de poco valor
10) Ser o haber sido tutor o curador de alguna de las partes o haber estado bajo su tutela o curatela
11) Haber manifestado extrajudicialmente su opinión sobre el pleito a alguno de los litigantes.
12) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguno de los litigantes
13) Haber producido en el procedimiento nulidad que haya sido declarada judicialmente
14) Haber vencido el plazo para dictar sentencias o autos que resuelvan pretensiones controvertidas, sin que el tribunal se hubiere pronunciado, o para el estudio sin que el vocal, o el tribunal en su caso, lo hubieren hecho. Esta causal debe resultar de las propias constancias de autos.

parentales, el que debe ser interpretado a la luz de lo prescripto por el art. 345 C.C. De tal modo, que la parte contraria de la que tenga el parentesco podrá deducir recusación fundada en estas causales. La ley ha precisado el grado que se requiere para que opere la relación parental como impedimento para juzgar. En la línea ascendente alcanza a los padres, abuelos, bisabuelos y tatarabuelo; en la línea descendente a hijos, nietos, bisnietos y tataranieto; en tanto, que entre los colaterales comprenden a los hermanos, tíos, sobrinos y primos; y en lo referente al parentesco por afinidad alcanza a los suegros, yernos y cuñados [9].

También constituye causal de recusación la amistad que es definida, como *«afecto personal, puro y desinteresado»* [10] que une a dos personas y, por regla general, es recíproco. Cabe advertir, que la hipótesis legal exige que la amistad sea manifiesta, habiendo la jurisprudencia precisado el concepto por acotaciones que exteriorizan gran familiaridad, y habitualidad en ese trato; también puede configurarse por la inserción del sujeto a la vida íntima o por comensalidad.

Se considera razón suficiente para la recusación o excusación el «interés» que vincula al juez con algunas de las partes. Estas causales suponen que el juez podrá recibir un provecho económico, patrimonial o moral por causa de la decisión del pleito. Este interés puede ser directo o indirecto. El interés directo se manifiesta cuando el juez o alguno de sus parientes en los grados especificados, podría obtener un beneficio material por la resolución del pleito. En cambio, el interés resultará indirecto, *«cuando la decisión de ese pleito influya de una manera eficaz o sea considerada eficaz, en el resultado de otro pleito semejante, en el que el juez o consanguíneos o afines resulten beneficiados materialmente»* [11].

Como sostiene Palacio, el interés indirecto se configura cuando el juez o sus parientes, tienen interés directo en «pleito semejante»; se

15) Haber dado lugar a la queja por retardada justicia, ante el superior, y dejado vencer el nuevo plazo fijado
16) Haber dictado pronunciamiento en el pleito como juez, en una instancia inferior
El parentesco extramatrimonial no será causa de recusación sino cuando esté reconocido o comprobado con autenticidad

(9) Conforme lo preceptuado por los arts. 352 y 353 C.C. (colateral) y art. 363 C.C. (afinidad)

(10) Diccionario de la Rea. Academia Española, primera acepción

(11) Confr. Díaz, Clemente, t. II A, p. 323

comprende como tal aquél en el que se discuten pretensiones o cuestiones parecidas o idénticas que en el proceso en el que resulta recusado.

También sobreviene esta causal cuando el juez, o sus parientes en los grados explicitados tenga comunidad de intereses con las partes, con sus apoderados o representantes. Se le asigna a esta circunstancia el valor de motivo de recusación ante la posibilidad que la *affectio societatis* pueda influir en el ánimo del juzgador. Es importante destacar que la relación invalidante o motivo de la recusación debe estar fundada en vínculos estrictamente personales. Por ello, la causal no es procedente cuando se refiere a la vinculación que tiene el juez con las partes por la participación conjunta en sociedades anónimas, ya que se trata de empresas de carácter impersonal.

La ley también alude a la posibilidad de que el juez tenga «pleito pendiente» con la parte, letrados, o mandatarios, aunque se trata de un motivo que linda con la causal de animadversión. La voz pleito equivale a la de juicio, el que por cierto debe haberse iniciado con anterioridad al que suscita la recusación. De otro modo, podría suceder que se inicie un pleito con la sola finalidad de lograr el apartamiento del juzgador. Esto es así ya que la circunstancia de estar enfrentados en un juicio resulta susceptible de generar un estado anímico especial que, lógicamente, puede comprometer la ecuanimidad del juez, siendo conveniente, en consecuencia, su apartamiento. Por cierto que esta causal sólo puede ser invocada por quien es parte en el pleito pendiente. Es aceptado, asimismo, que el involucrado puede ratificar la confianza en el juzgador y pedir que continúe conociendo [12].

También constituye causal de recusación la calidad de acreedor, deudor o fiador que detente el juez respecto de una de las partes.

De otro lado, configura este motivo de recusación, la circunstancia de haber recibido el juez o sus parientes beneficios de importancia, que autorizarían a pensar que se encuentra comprometida su equidad por

(12) Es un ejemplo elocuente, el Acuerdo Reglamentario número trescientos cincuenta y siete, serie A, del 18 de marzo de 1997 del Tribunal Superior de Justicia, que fuere dictado ante presentación del Fiscal de Estado y en cuya virtud se puso en conocimiento la ratificación de la confianza plena de que gozan cada uno de los magistrados integrantes del Poder Judicial de la Provincia para que conozcan y decidan en todo tipo de juicio en que la Provincia sea parte.

una deuda de gratitud. Como señala la doctrina, el haber incluido en la norma el standard jurídico «beneficios de importancia», produce una sensación de vaguedad que, sin embargo, estimamos debe ser valorado conforme las líneas jurisprudenciales fijadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La animadversión por parte del juez significa el apasionamiento adverso u odio del juez hacia la parte y que produce un estado mental que altera su ecuanimidad. Esta disposición o actitud debe ser manifestada por actos inequívocos. Cabe señalar, que la enemistad debe ser cierta y debe haber sido exteriorizada por hechos graves, no siendo suficiente para configurar la causal, hechos simples o baladíes [13].

Por último, la doctrina y la jurisprudencia aborda la temática que tiene fundamento en lo que se denomina el amor propio del juez. La circunstancia que se categoriza de este modo se manifiesta, por ejemplo, en los casos en que el juez ha emitido opinión sobre el punto concreto a decidir (prejuzgamiento) o bien cuando ha dado consejos a algunas de las partes respecto de la causa sometida a su conocimiento. El vocablo «prejuzgar» implica emitir un juicio de mérito sobre algún punto antes del tiempo señalado por la ley. Es así, que la opinión vertida por el juez debe traslucir el sentido de la decisión que tomará sobre la cuestión.

También significa prejuzgamiento, cuando el juez de Cámara se ha pronunciado con anterioridad por haberse desempeñado en la primera instancia

Es importante destacar, por último, la causal de recusación fundada en el hecho de haber producido el juez la nulidad en el pronunciamiento de la sentencia. No es suficiente, en consecuencia, para la procedencia de esta causal, que se haya declarado sólo la nulidad de ciertos actos procesales, sino que es necesario que el vicio o defecto se presente en el mismo acto resolutorio

Las causales enunciadas están contenidas con diferente sistematización tanto en el Código Procesal Civil (art. 17), como en el Código Procesal Penal (art. 60); respecto del fuero de familia y laboral rige

(13) Resulta gráfica la ejemplificación que realiza Clemente Díaz, señalando ciertas conductas descorteses, tales como «negar el saludo, permanecer sentado, el gesto adusto o destemplado», etcétera Díaz, Clemente, ob cit., p. 334.

en relación al instituto de la recusación la norma supletoria de remisión al ordenamiento civil

5.1.4. Legitimación para recusar

Es regla recibida que están legitimados para deducir recusación, las partes; pero en este instituto el concepto de parte es tomado *lato sensu* por cuanto también podrán plantearla otros sujetos. En efecto, el art. 20 C.P.C., delimita quiénes podrán deducir recusación alegando causal. De este modo, la ley indica como legitimados a los titulares de las pretensiones hechas valer en juicio, a sus representantes, mandatarios y también a los terceros que ingresen al proceso y que se ubiquen al lado de las partes. Con similar alcance este instituto encuentra regulación en el art. 66 C.P.P.

En lo atinente a la recusación sin expresión de causa, también esta facultad es concedida a las partes quienes podrán deducirlas por sí mismas o a través de sus representantes quienes deben estar munidos de la documentación que les habilite; quedan, por lo tanto, excluidos los letrados patrocinantes y las partes incidentales.

En síntesis, se encuentran habilitados para el ejercicio activo de este derecho, el actor y el demandado, y todo otro sujeto que asuma el carácter de partes en el proceso, v.gr., el caso del tercero coadyuvante y del tercerista, etcétera.

Desde el punto de vista pasivo de la relación, puede decirse que en principio son recusables sin expresión de causa, tanto los jueces de primera como de segunda instancia y también los integrantes del Tribunal Superior de Justicia. Sin embargo, alguna duda presenta la hipótesis de los conjueces, y de los que actúan esporádicamente durante la feria judicial.

6. Sistemas de designación de los jueces

En el derecho comparado se conocen diversos sistemas para la designación de los magistrados. En tal sentido, se ha puesto especial interés en el que resulte más adecuado ya que se trata de un tema que hace a la organización política y jurídica de un Estado Por ello, la adopción de un adecuado sistema favorecerá y contribuirá al logro de una mayor eficiencia en el servicio.

En el derecho comparado, y en algunos países de idiosincrasia diferente, se han utilizado sistemas que son descartados en nuestro régimen legal.

El primer sistema que puede mencionarse es el que se denomina *sistema electivo o por designación popular*. Implica que los jueces, en estos casos, son elegidos por voto popular. La crítica que se le formula reside, precisamente, en que el sufragio no es la mejor expresión, ni constituye una forma idónea que refleje las condiciones necesarias para el desempeño del cargo. También se ha señalado que de esta manera se podría producir la politización del cargo, lo cual, evidentemente, también se proyectaría en la función, afectando de este modo la garantía de la imparcialidad ínsita a la jurisdicción. Actualmente, «*la elección popular se aplica en los* EE.UU. *e Inglaterra, para algunos tribunales inferiores; en Suiza y, también modernamente, se ha implementado en* Rusia *y demás países que se inspiran en el derecho sovietico*» [14].

Otra modalidad es la denominada *cooptación* que significa que la elección de los magistrados es efectuada por sus pares. En este caso, la designación la realizan los propios jueces y el sistema puede presentar modalidades alternativas. Así podría suceder que sea el propio tribunal quien proponga el órgano o que si se trata de jueces inferiores serán elegidos por los superiores. Este sistema ha sido objeto de críticas, porque importa consagrar un orden cerrado que impide el acceso a la magistratura a quienes no resulten consecuentes con la forma de pensar de los que deben elegir. En otras palabras, también puede conducir a la politización de los jueces, aunque en este caso, corporativamente. De otro lado, se ha señalado como ventaja que esta modalidad no permite injerencias extrañas.

El tercer *sistema* es el denominado *de concurso* que se manifiesta por «*un cotejo de condiciones entre los aspirantes que no se limita a verificar el título u antecedente sino que el análisis comprende, además, la vida pública del candidato y, en algunos casos, se extiende hasta inmiscuirse en la vida privada*» [15].

Las ventajas que brinda este sistema, radican en que acceden al cargo los más aptos y consagra el principio de igualdad de oportunidades, sin que exista discriminación alguna. Permite, de este modo, que cualquier ciudadano que reúna la condiciones exigidas por la Constitución para ser juez, cuente con la posibilidad de postularse y de acceder al cargo. Algunos han puntualizado como desventaja, la dificultad para dictar una

(14) Vescovi, Enrique, *Teoría general del proceso*, Temis, Bogotá, Colombia, 1984, p. 137.
(15) Ob. cit., p. 214

reglamentación apropiada. Por ello, se ha dicho que «*es un sistema que funciona como complemento de otros*» [16].

Por regla general, se acuerda la tarea de selección de aspirantes a magistrados a un órgano especial conocido como «el Consejo de la Magistratura», que presenta una conformación plural y representativa de los poderes políticos, del propio Poder Judicial, y por representantes de otros sectores calificados de la sociedad, v.gr., colegios de abogados, universidades, ministerio público, etcétera. A este órgano se le asigna la delicada misión de evaluar la idoneidad de los postulantes, lo cual supone un proceso de selección para conformar un orden de mérito que puede o no tener carácter vinculante.

Por último, resta mencionar el *sistema* denominado como *de selección* que puede caracterizarse como político ya que la propuesta para designar a los jueces, la efectúan los otros poderes del Estado; v.gr., pueden ser designados por el Poder Ejecutivo a propuesta del Senado o viceversa. Este sistema es el adoptado en múltiples legislaciones europeas como, por ejemplo, la francesa y la alemana como también en algunos Estados de Norteamérica. Cabe destacar, que éste es el método que rigió en el país tanto en el orden nacional como para la provincia de Córdoba hasta las reformas constitucionales (1994 y 1987, respectivamente).

6.1. En el orden nacional

El sistema de designación de magistrados nacionales ha sufrido cambios en el devenir histórico político del país, por lo que podemos para su delimitación señalar dos momentos diferenciados: el que rigió hasta la Constitución de 1994 y el que se diseñó a partir de ella.

El texto constitucional anterior preveía un sistema único para el nombramiento y remoción de los jueces, cualquiera fuera su categoría. Así se establecía que debían ser designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, mediante el voto de la mayoría absoluta de sus miembros presentes. En cuanto a la remoción su viabilidad estaba condicionada a la sustanciación de un juicio político (arts. 53, 59 y 60 C.N.) [17].

(16) Alsina, Hugo, ob. cit., t. I, p. 214
(17) Badeni, Gregorio, «Organización del Poder Judicial en la reforma constitucional», La Ley, 1994-E, 923.

A partir de la Constitución Nacional de 1994, cambia el sistema y se establece que los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación son designados por el presidente con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes en sesión pública convocada al efecto. También se prevé la creación de un Consejo de la Magistratura con funciones específicas en orden a la designación de los demás magistrados inferiores (art. 99 inc. 4 C.N.).

El Consejo de la Magistratura comporta la incorporación de una institución de trascendencia que marca un nuevo capítulo referido al Poder Judicial. En efecto, el sistema es superador al de selección que regía con anterioridad y que otorgaba al estamento político una intervención exclusiva y preeminente en la designación de los magistrados. Ello no conducía a la designación de los mejores para ocupar el cargo y la propuesta para el nombramiento de magistrados era objeto de negociaciones políticas sin poner el debido cuidado en la idoneidad moral y jurídica del sujeto propuesto para la función.

Por este motivo, se reemplazó al viejo sistema y se impone el Consejo de la Magistratura considerado como un órgano adecuado para el nombramiento y selección de jueces y garantizador de la independencia del Poder Judicial.

En efecto, al otorgar a este órgano autónomo la misión de seleccionar a los jueces mediante un mecanismo que debe garantizar la igualdad de oportunidades y que verifique las condiciones de idoneidad de los aspirantes se contribuye a una real independencia del Poder Judicial.

Este órgano tiene raíces en Europa donde se implementó con la finalidad de afianzar la división de poderes. Encuentra previsión normativa en la Constitución de Italia desde 1907. España, también lo prevé desde 1926, bajo la nominación de Consejo Superior del Poder Judicial. Ambos cuerpos normativos han constituido los modelos en base a los cuales se ha inspirado el constituyente de 1994. También son antecedentes, algunas constituciones provinciales· así la de San Juan, Río Negro, San Luis, Tierra del Fuego, Santiago de Estero y Chaco (1957).

Son funciones propias del Consejo de la Magistratura la de seleccionar por concurso los candidatos a jueces y nombrarlos y, frecuentemente, se le asigna tareas vinculadas al Poder Judicial.

El Consejo de la Magistratura Nacional, presenta la característica de ser un órgano mixto representativo de diversos estamentos de la sociedad. Formalmente se constituyó el 16 de noviembre de 1996, esto es, una vez dictada su ley orgánica 24.937 y su correctiva 24.939 [18]. Su composición resulta equilibrada, tanto en lo relativo al pluralismo político, como en orden a la representación federativa y legislativa. La presencia de un representante del Poder Ejecutivo y de la Corte Suprema de Justicia se establece con fundamento en la determinación de nexos entre ambos poderes.

Las competencia de este órgano está contemplada en el art. 114 C.N., y constituye la cabeza organizacional del Poder Judicial, sin que ello afecte el ejercicio de la superintendencia que es retenida por la Corte y los demás tribunales inferiores [19]. La atribución de mayor trascendencia que se le asigna es la de seleccionar mediante concursos públicos a los postulantes a jueces. A tal efecto, emite propuestas en ternas vinculantes. También tiene funciones en orden a la administración de los recursos y ejecuta el presupuesto de la justicia; ejerce facultades disciplinarias sobre magistrados; decide la apertura del procedimiento de remoción, en su caso, ordena la suspensión y, eventualmente, formula la acusación correspondiente.

En síntesis, en el sistema nacional el Consejo de la Magistratura tiene un doble orden de funciones: por un lado la selección y juzgamiento de los magistrados y, por el otro, la administración del Poder Judicial.

Cabe señalar, que este Consejo no es estático en su integración, sino que presenta movilidad dada la periodicidad de sus miembros; de tal modo se procura el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Lo integran, asimismo, otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.

---

(18) Adla, LVIII-A, 72, 97. Las referidas normas, disponen que el Consejo se integra por e. presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuatro jueces del Poder Judicial de la Nación elegidos por el sistema proporcional D' Hont, ocho legisladores (cuatro senadores y cuatro diputados), correspondiendo por cada Cámara, dos al bloque mayoritario y uno a la primera minoría y otro, a la segunda, cuatro abogados elegidos por los profesionales mediante el sistema proporcional D' Hont; un representante del Poder Ejecutivo; dos representantes del ámbito científico correspondiendo uno a los profesores titulares del derecho y otro al campo de otras ciencias. Como se ve, el Consejo de la Magistratura a nivel nacional está integrado por veinte miembros.

(19) Quiroga Lavié, Humberto, *La Constitución de la Nación Argentina. Comentada*, 3ª ed., Zavalía, Bs. As., 2000, p. 709

Por último, destacamos que cuando los jueces nacionales han cumplido la edad de setenta y cinco años se hace necesario un nuevo nombramiento para mantenerse en sus cargos durante cinco años más, repitiéndose el trámite por períodos sucesivos (art. 99 inc. 4, párrafo 3º C.N.).

6.2 En el orden provincial

La Constitución de Córdoba de 1987, ha mantenido, en general, el sistema anterior por lo que la facultad de seleccionar y de designar magistrados y funcionarios del Poder Judicial corresponde al Poder Ejecutivo, con acuerdo de la Legislatura (art. 144 inc. 9 Const. Pcial.). Sin embargo, el art. 157 establece que la selección de los jueces y magistrados inferiores se hará conforme un procedimiento que favorezca la igualdad de oportunidades y la selección por idoneidad.

En rigor, el constitucionalista cordobés se aparta de las corrientes mayoritarias en la doctrina nacional -que se vio reflejada en el ciclo de reformas de las constituciones provinciales iniciado en 1986- que postulaban sustraer de los poderes políticos la facultad de seleccionar o designar magistrados y funcionarios del Poder Judicial. Sin embargo, con fundamento en las disposiciones del mencionado art. 157 Const. Pcial., y respondiendo a un requerimiento social se dicta una ley por la que se creó la Comisión Asesora para la designación de Magistrados y Funcionarios, organismo destinado a cumplir una función de asesoramiento al Poder Ejecutivo, proporcionándole un listado de nombres para el nombramiento de jueces y funcionarios, previo examen de idoneidad, pero sin establecer un orden de mérito [20].

Posteriormente, en 1999, se dictó la ley 8802 por la que se reemplazó a la Comisión Asesora por el Consejo de la Magistratura que asiste al Poder Ejecutivo en la tarea de selección de jueces de magistrados

El Consejo de la Magistratura provincial es un organismo de creación legal que cuenta con atribuciones para dictar su propio reglamento de organización y de funcionamiento y designar a sus autoridades.

(20) Vergara, Ricardo Alberto «Poder Judicial» en *La Constitución de Córdoba Comentada*, coordinada por Pedro J. Frías, La Ley, Bs. As., 2000, p. 110

Para la designación de los magistrados, se inicia por convocatorias públicas y abiertas para que los aspirantes se inscriban y así accedan a la evaluación prevista consistente en oposición escrita, oral y de antecedentes.

En base al resultado de estas evaluaciones -calificación obtenida- el Consejo confecciona un orden de mérito que es remitido al Poder Ejecutivo.

El Consejo se organiza internamente a los fines de la recepción y evaluación de las pruebas de oposición en tres salas, a saber: 1) Sala Civil, Comercial (Sociedades y Quiebras) y Familia; 2) Sala Penal y Menores; 3) Sala Laboral, Contencioso Administrativo y Electoral. Cabe señalar, que para los casos de cargos en tribunales, con competencia múltiple, se podrá conformar una sala especial al efecto.

Es digno de citar el decr. 2635/99 [21], reglamentario del art. 32 de la ley 8802 del 27 de diciembre de 1999, por el cual el Poder Ejecutivo provincial renuncia a la facultad de alterar el orden de mérito de los aspirantes confeccionado por el Consejo de la Magistratura.

7. Sistemas de remoción

La remoción significa la separación del magistrado de su cargo que constituye la sanción más grave que puede imponérsele. Para su aplicación se prevén para evitar la arbitrariedad. En la legislación procesal argentina no existe un procedimiento único para la remoción de los magistrados y, en general, las leyes establecen modos y procedimientos distintos según la categoría de quienes hayan de ser sometidos a este procedimiento. Deben diferenciarse dos sistemas fundamentales: el de juicio político y el de jurado de enjuiciamiento [22].

En la Justicia nacional los jueces sólo pueden ser removidos de sus cargos mediante el procedimiento del juicio político (arts. 53, 110 y 115 C.N.), el que puede iniciarse por las causales de mal desempeño o delito en el ejercicio de la función o por crímenes comunes.

(21) Decr. 2635/99 -reglamentario del art. 32 de la ley 8802- en el que renuncia el Poder Ejecutivo a alterar el orden de mérito, Córdoba, 27 de diciembre de 1999

(22) Alsina, H., ob. cit., t. I, p. 314

El juicio político contra un miembro de la Corte Suprema se inicia por el acto de acusación formulado por la Cámara de Diputados ante el Senado, el que debe declarar su admisión o inadmisión por mayoría de las dos terceras partes de sus miembros presentes. Admitida la acusación, el juicio es llevado a cabo ante el Senado, requiriéndose para el desafuero el voto de los dos tercios de los miembros presentes. La decisión que este organismo dicte tiene como único efecto el de destituir al magistrado, quien de esta manera podrá ser sometido a acusación, juicio y sentencia, como cualquier ciudadano conforme las leyes ordinarias y ante los tribunales que corresponda.

En cambio, para la remoción de los jueces nacionales inferiores el órgano encargado de decidir la apertura del procedimiento y de ordenar, en su caso, la suspensión del juez, es el Consejo de la Magistratura. La decisión sobre el desafuero es adoptada por «un jurado de enjuiciamiento» integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal.

En la provincia de Córdoba, también los sistemas para la remoción de los jueces en general, presentan diferencias. Por una parte, está el «juicio político» reservado para los integrantes del Tribunal Superior de Justicia y por la otra, el procedimiento del «jurado de enjuiciamiento» para los jueces inferiores y miembros del ministerio público (art. 159 Const. Pcial., reglamentado por la ley provincial 7956).

En ambos procedimientos el trámite tiende a la eventual destitución del acusado, si se comprueban las causales imputadas. La ley provincial delimita cuáles son los motivos que configuran el mal desempeño en la función: negligencia grave, desconocimiento inexcusable del derecho, supuesta comisión del delito (en el caso de delitos culposos, cuando tenga incidencia funcional), inhabilitación física o psíquica y morosidad. Esta última, salvo prueba en contrario, se presumirá configurada en caso de omisión reiterada de pronunciamientos, requerimientos, dictámenes, opiniones. El órgano encargado de controlar la tempestividad de las resoluciones es el fiscal general.

El jurado de enjuiciamiento para los magistrados inferiores está integrado por un vocal del Tribunal Superior de Justicia y cuatro legisladores letrados si los hubiere, dos por la mayoría y dos por la minoría, quienes duran dos años en sus funciones. La jurisdicción del denominado «jury de enjuiciamiento» se limita a suspender al juez acusado en el ejercicio de su cargo si ello resultare necesario; declarar culpable o no culplable al acusado del hecho que se le imputa y, en su caso, destituirlo si procede.

La resolución al respecto debe dictarse bajo pena de caducidad, dentro de los sesenta días, contados a partir de la acusación.

El jurado puede dictar el fallo absolutorio o condenatorio, siendo en este último supuesto, como se ha dicho al solo efecto de la destitución ya que si el pedido de destitución se fundara en hechos que pudieran configurar delitos de acción pública, se remitirán, además, copias autenticadas de las constancias pertinentes a la Justicia Penal.

Contra la resolución no procederá recurso alguno, salvo el de aclaratoria que podrá interponerse dentro de las cuarenta y ocho horas

CAPITULO IX

Ministerio Público

Sumario: 1. Ministerio Público. 1.1. Concepto. 1.2. Composición. 2. Organización del Ministerio Público Fiscal en el orden provincial. 2.1. Caracteres. 2.2. Atribuciones. 3. Organización del Ministerio Público Nacional. 3 1. Composición. 3 2. Funciones de los integrantes del Ministerio Público Fiscal. 3.3. Ministerio Público de la Defensa. 4. Organización del Ministerio Público Pupilar en el orden provincial. Caracteres. 4.1. Funciones.

1. Ministerio Público

El principal objeto de estudio del derecho procesal es la institución proceso como estructura técnica jurídica y consecuentemente los principios y normas que lo regulan. El proceso en su estructura externa está integrado por tres elementos que lo perfilan y lo caracterizan: el objetivo, el subjetivo y el teleológico

El elemento subjetivo del proceso está configurado por las personas que en él intervienen, ya sea como sujetos esenciales o eventuales Los sujetos esenciales en el proceso civil están representados por el actor, el demandado y el juez, en el proceso penal, se manifiestan a través del Ministerio Público Fiscal, el juez y el imputado. Así podríamos seguir efectuando distinciones, según los diversos tipos de procedimientos, pero el objeto de esta unidad es la de caracterizar las funciones que cumple el Ministerio Público y discernir cuál es la naturaleza de su intervención. Vinculada a esta última cuestión, se advierte que el Ministerio Público participa

de la noción de ser sujeto del proceso judicial y cuenta con diferentes poderes y deberes que se identifican en base a las funciones asignadas por la ley en las diferentes ramas procesales y teniendo en cuenta los intereses comprometidos con relación a un objeto debidamente propuesto.

De tal modo, en el proceso civil actúa como participante, es decir como sujeto procesal de carácter eventual. En cambio, en el proceso penal ejerce un rol esencial, ya que es quien promueve generalmente la acción penal y formula la acusación. Sin embargo, señalamos a modo de coincidencia, que en ambos casos actúa integrando la relación jurídico-procesal. El concepto de «participante» es definitorio en la nomenclatura clariatista y proviene del deslinde que efectuara Chiovenda al formular el concepto de parte. Así, el ilustre maestro expresó que *«parte es quien demanda en nombre propio -o en cuyo nombre se demanda- una actuación de la ley, y aquel frente a quien ésta es demandada»* [1]. En síntesis, partes son los titulares de las pretensiones hechas valer en juicio, para lo cual se tiene en cuenta la relación o situación jurídica regulada por normas procesales y no por las sustanciales. Actúan por derecho e interés propio; pero sucede que estos funcionarios integrantes del Ministerio Público Fiscal y Pupilar actúan defendiendo un interés que les es ajeno personalmente y que pertenece en su instancia a la colectividad o al orden social.

Por ello, la naturaleza de los integrantes del Ministerio Público, sea en su rama fiscal o pupilar, es esencialmente diferente a la de los otros sujetos procesales. Ello resulta así no sólo porque defienden un interés social, sino porque a la par de ello están cumpliendo con una misión que implica un deber funcional impuesto legalmente. Estos funcionarios públicos intervienen en el proceso impelidos por un vínculo de índole constitucional reglamentado por las leyes orgánicas.

1.1. Concepto

Hemos apuntado que el proceso es una institución y se manifiesta como el instrumento técnico jurídico que nos brinda el legislador para

(1) Chiovenda, citado por Clariá Olmedo, Jorge, ob. cit., t. II, p. 52

lograr la satisfacción de las pretensiones. Puede ocurrir que en la consecución de este fin el Estado no quiera abandonar a la iniciativa particular la existencia de una pretensión, o de una oposición a ella; el dilema entonces no puede resolverse más que de una manera: esto es estableciendo un órgano específico con la misión primordial de interponer pretensiones o de oponerse a ellas, ante el órgano jurisdiccional, sin perjuicio de otras, de control y de vigilancia [2].

El Ministerio Público ejerce además un poder de control social, que es fundamental en aras de lograr el equilibrio de los poderes del Estado. La representación y la defensa de intereses públicos-sociales que a veces se encuentran comprometidos en un proceso no estarían suficiente o completamente satisfechos si no se acordara esta misión a un órgano diferente del que ejerce la jurisdicción y que se denomina genéricamente Ministerio Público.

Se ha definido al Ministerio Público como *«el órgano estatal encargado de hacer valer ante el órgano jurisdiccional la representación y la defensa de los intereses públicos y sociales del Estado»* [3]. Otros lo han conceptualizado como *«el órgano del Estado instituido para promover la actuación jurisdiccional de las normas del orden público»* [4].

En doctrina se han gestado distintas posturas, que han tratado de explicar la naturaleza jurídica del Ministerio Público. En algunos casos se ha pensado que debe conformar una magistratura especial e independiente de cualquier otro Poder del Estado; en otros, por el contrario, se ha sostenido que carece de independencia y por lo tanto debe encontrarse subordinado al Poder Judicial o al Ejecutivo. Ello define tres posturas: la posición autonomista, la judicialista y la gubernativa. Sin embargo, estas posiciones y cavilaciones sustentadas por la doctrina han sido superadas por obra del movimiento constitucionalista moderno de las provincias y en el orden nacional por la solución dada por la reforma constitucional de 1994, que salvó el vacío histórico existente en su texto normativo, y lo incorporó explícitamente en su art. 120

El estudio del Ministerio Público supone el análisis de una situación de índole institucional y también de sus poderes desde el punto de vista funcional.

(2) Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1998, t. I, p. 159.
(3) Díaz, Clemente, *Instituciones de derecho procesal*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972, t. II A, p. 458
(4) Vescovi, Enrique, *Código general del proceso*, Abaco, Montevideo, 1992, t. I, p. 401

En el primer aspecto se advierte que algunos regímenes constitucionales provinciales ubican a este órgano en el seno del Poder Judicial, integrándolo. Así ha sucedido en Córdoba. En efecto, ello fue así antes de la reforma de 1987 y también es el sistema adoptado a partir de dicha Constitución. En tal sentido, conforme el texto constitucional el Ministerio Público integra el Poder Judicial y en consecuencia sus miembros son nombrados y removidos en idéntica forma que los jueces; tienen los mismos deberes, obligaciones e inmunidades y gozan de estabilidad en sus cargos.

La segunda posición es la que adjudica autonomía al Ministerio Público tanto respecto del poder judicial como de los poderes políticos: este es el sistema adoptado en el orden nacional a partir de la sanción de la Constitución Nacional de 1994. En efecto, el nuevo texto le ha asignado el carácter de órgano extrapoder con estructura bicéfala con funciones específicas. Se trata de una posición novedosa y diferente ya que de alguna manera significa poner orden al sistema del Ministerio Público que regía con anterioridad. Antes de la reforma constitucional, el Ministerio Público en el orden nacional actuaba como órgano perteneciente al Poder Ejecutivo (posición gubernativa). De tal manera sus integrantes eran designados y removidos discrecionalmente por el poder administrador del cual dependían y carecían de la garantía de estabilidad propia de los órganos jurisdiccionales. Cabe señalar además por otra parte, que sus funciones también eran ambivalentes: por un lado actuaban como abogados del Estado encargados del cobro de la renta pública y por el otro cumplían funciones judiciales en orden a la promoción y continuación de la acción penal y en la defensa del interés publico.

Desde el punto de vista funcional, es posible afirmar a partir del espectro de atribuciones que les son confiadas, que su actividad es compleja, cuestión que dificulta una adecuada sistematización.

No obstante ello, es posible señalar un rasgo común del Ministerio Público consistente en que colabora con el juez en la tarea de administrar justicia con funciones diferenciadas según sea la materia de que se trate. Su misión general es la de defender intereses que afectan al orden público y social.

Al Ministerio Público le competen dos tipos de funciones que difieren conceptualmente de las propias de la jurisdicción. La primera de ellas, de carácter esencial, consiste en *«el planteamiento de cierta clases de pretensiones o peticiones, o de oposiciones a éstas, y su ejecución se halla encomendada al Ministerio Público sea porque existe interés social en no supeditar el cumplimiento de esos actos a la iniciativa privada; sea porque así lo impone la condición de las personas cuyos derechos se controvierten en el proceso»* [5]. Por ejemplo, configuran esta situación los casos en que el Ministerio Público actúa cuando está legitimado para defender los intereses difusos o colectivos; en otros casos, como promotor de la acción penal pública. La segunda función, de menor trascendencia y por ello secundaria, se reduce a ejercer el contralor de la observancia de ciertas normas adjetivas que hacen al orden público judicial. Por ejemplo, cuando la ley impone su intervención como custodio de las reglas de competencias o en trámites universales; piénsese, por ejemplo en el procedimiento del juicio sucesorio o de declaratoria de herederos.

De lo expuesto se advierte que en el primer caso el Ministerio Público asume en el proceso un rol semejante al de las partes y en algunos supuestos interviene como representante de ellas. En cambio en la segunda perspectiva actúa como un órgano que coopera con la labor del juez en la tarea de administrar justicia. De una u otra forma, cabe destacar que en ambos casos desempeña una función de tipo «requirente» o «postulante», diametralmente opuesta a la del juez, a quien le corresponde la de juzgar de manera exclusiva.

1.2. Composición

El Ministerio Público se manifiesta tradicionalmente en dos ramas, la Fiscal y la Pupilar.

El *Ministerio Público Fiscal* se muestra como un cuerpo único, aunque integrado por diversos órganos que actúan en los procesos civiles, penales y de familia.

En el orden penal, el Ministerio Público es el titular de la función requirente y actúa bajo las reglas de la oficiosidad y del principio de legalidad. En líneas generales cumple la función de excitar y requerir a los jueces a fin de que se obtenga una decisión adecuada a una pretensión jurídico-penal. Oficiosidad significa que este funcionario actúa por iniciativa propia sin necesidad de excitación extraña y por legalidad debe entenderse que su actuación se atiene a las reglas de la ley penal sin que puedan

(5) Palacio, Lino, *Derecho procesal*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1979, t. II, p. 588

influir en sus peticiones criterios políticos y de utilidad; es decir «que carece de facultades discrecionales» y una vez iniciada la acción penal ella no puede suspenderse, interrumpirse o hacerse cesar salvo los casos expresamente previstos por la ley [6].

El Ministerio Público es el encargado del ejercicio de la acción penal que constituye una función publica que forma parte de la función judicial en sentido amplio y reglada por el derecho procesal. Así, se ha dicho que desde un punto de vista objetivo ejerce la actividad de excitar el ejercicio de la función jurisdiccional solicitando del tribunal la decisión justa sobre el fundamento de una pretensión jurídico-penal [7].

En el ámbito civil y comercial, el Ministerio Público Fiscal interviene en todos los procesos que rocen al orden público y su intervención cesa cuando se encuentre desinteresado el orden social; también interviene como custodio de las reglas de competencia.

En los procesos de familia, su actuación responde al interés comunitario que se proyecta desde el Estado en la tutela de ciertas instituciones que deben ser protegidas en su realización jurisdiccional. Ello así, el Ministerio Público Fiscal habrá de intervenir en los procesos de divorcio, filiación, nulidad de matrimonio, etcétera.

El *Ministerio Público Pupilar* tiene a su cargo la defensa de los intereses de los incapaces, de los pobres, de los menores y ausentes, como también la defensa del imputado, en los casos en que la ley así lo establece. Se trata de funcionarios que colaboran con el juez en la tarea de administrar justicia y su principal misión es la de velar por el cuidado de la persona e intereses de los menores e incapaces. Señala la doctrina que las funciones que le competen a esta rama del Ministerio Público se esbozan a partir de lo preceptuado por los arts. 59 y 493 C.C. [8].

Por otra parte, se ha definido al Ministerio de Menores como la rama del Ministerio Público vinculada al ejercicio de los poderes del patronato estatal y a la vigilancia de la persona de los incapaces y a la mejor defensa de sus intereses [9].

(6) Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Marcos Lerner, Cba., t. II, p. 297.

(7) Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., p. 296.

(8) Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Ediar, Bs. As., 1980, t. II, p. 357.

(9) Busso, Eduardo B., *Código Civil anotado*, Ediar, Bs. As., 1958, t. I, p. 433.

Los intereses de los incapaces han sido objeto, desde tiempo atrás, de honda preocupación en todas las sociedades organizadas. Los sistemas que se han seguido para su organización varían según sea la concepción política o jurídica de cada país y en cada época.

2. Organización del Ministerio Público Fiscal en el orden provincial

En la provincia de Córdoba, el Ministerio Público está organizado conforme las previsiones de la Constitución Provincial que lo diseña y lo reglamentó a través de la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal (ley 7826), en tanto que el Pupilar se reglamenta a través de la ley de asistencia jurídica gratuita (ley 7982). La estructura del Ministerio Público presenta un rasgo «judicialista», al considerarlo como parte del Poder Judicial. En este sentido el artículo 171 de la Constitución Provincial establece que este órgano está a cargo de un fiscal general y de los fiscales que dependan de él [10]. Como se advierte, su organización responde a un esquema vertical con una cabeza del órgano, que se visualiza en el fiscal general, que integra el Poder Judicial.

El Ministerio Público, así, está compuesto por el fiscal general, dos fiscales adjuntos y los fiscales de Cámara, en lo Correccional, de Instrucción, en lo Civil y Comercial, de Familia, de Menores, y en lo Electoral, en el número que determine la ley.

El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones con arreglo a los principios de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica en todo el territorio de la Provincia según lo dispuesto por la Constitución Provincial.

El fiscal general tiene a su cargo la misión de fijar las políticas de persecución penal e instruye a los fiscales inferiores sobre el cumplimiento de sus funciones, conforme los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica.

Las diferentes funciones que cumple el Ministerio Público están explicitadas en el artículo 172 de la Constitución Provincial y tienen su

(10) El art. 5º de la ley 7826 (modif. por ley 8714, art. 3º) prevé: «El Ministerio Público está integrado por el fiscal general, dos fiscales adjuntos y los fiscales de Cámara, en lo Correccional, de Instrucción, en lo Civil y Comercial, de Familia, de Menores, y en lo Electoral»

imagen correlativa en el texto de la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal. Así ambos textos legales atribuyen a este órgano la funciones de:

1) *«Preparar y promover la acción judicial en defensa del interés público y de los derechos de las personas»*. Tal prerrogativa pone en la cabeza de estos funcionarios la delicada función de proponer acciones en protección de los intereses sociales. Como se advierte, se trata de una fórmula amplia que en la práctica encuentra un reducido o escaso ámbito de actuación, puesto que al no estarle reconocida expresamente legitimación para actuar en defensa de los intereses colectivos, como lo ha sido normado en la Constitución Nacional en su art. 43, impide que actúe y por lo tanto la norma no resulta operativa.

2) *«Custodia la jurisdicción y competencia de los tribunales provinciales y la normal prestación del servicio de justicia y procura ante aquellos la satisfacción del interés social»*. Como es sabido, la distribución de competencias entre los distintos órganos del Poder Judicial pertenece a la ley y resulta indisponible por las partes. En otras palabras, se trata de un asunto que integra la órbita del orden público judicial. Por ello, en todas las causas en las que se cuestione la competencia del juez o tribunal, deberá intervenir y emitir opinión el Ministerio Fiscal, a través de sus diferentes estamentos. Además participa en los procesos de extradición y en los de *exequatur* para la ejecución de resoluciones judiciales provenientes del extranjero.

3) *«Promueve y ejercita la acción penal pública ante los tribunales competentes sin perjuicio de los derechos que las leyes acuerdan a los particulares»*. Esta actividad es la característica que desempeña este funcionario en el proceso penal dado que ejercita la facultad requirente. La realización de esta función importa también la de disponer las medidas necesarias para llevar adelante la investigación ante la comisión de un supuesto hecho delictivo. Es evidente que esta tarea demanda a estos funcionarios una especial versación jurídica.

Por último el artículo referido prevé que el fiscal general *«dirige la policía técnica judicial»*. En este orden de ideas, la Policía Judicial colabora con este participante en el ámbito penal, tanto en la investigación como en la represión de los delitos; además colabora con el fiscal en la individualización de los culpables y en la reunión de las pruebas útiles para la investigación [11].

(11) En este sentido véase el art. 187 del Código Procesal Penal

El artículo 173 de la Constitución Provincial determina los requisitos para desempeñarse como fiscal general de la Provincia. A tal fin prevé que la persona que aspire a ocupar dicho cargo debe reunir las condiciones exigidas para ser miembro del Tribunal Superior de Justicia; tiene iguales incompatibilidades e inmunidades y puede ser removido de su cargo por las mismas causales. El cambio significativo que realizó el convencional constituyente de 1987, respecto del Ministerio Público, es el de establecer la periodicidad en el cargo. Así, será elegido a propuesta del Poder Ejecutivo y designado con acuerdo de la Legislatura; sin embargo, durará cinco años en sus funciones y puede ser designado nuevamente.

Con relación a los demás miembros del Ministerio Público, v.gr. fiscales adjuntos, de Cámara, de Primera Instancia con competencia en materia civil, penal y de familia, se mantiene el sistema de designación y la garantía de innamovilidad en forma idéntica al de los jueces. Por ello permanecerán en sus cargos mientras dure su buen desempeño y conducta; gozan de las inmunidades y tienen iguales incompatibilidades que los jueces. Su designación y remoción se establece de la misma forma y con los mismos requisitos que para los demás miembros del Poder Judicial, según sea su jerarquía.

2.1. Caracteres

La ley órganica del Ministerio Público Fiscal, en su art. 1°, dispone que este órgano forma parte del Poder Judicial; sin embargo goza de *independencia orgánica funcional*. Esto significa que tiene por misión actuar en defensa del interés público y de los derechos de las personas; procura ante los tribunales la satisfacción del interés social y se encarga de velar por la normal prestación del servicio de justicia. Para el cumplimiento de sus funciones se le reconoce autarquía, puesto que se le asigna una cuenta especial del presupuesto del Poder Judicial.

Tiene una *unidad orgánica* por cuanto constituye un cuerpo único, que es representado por cada uno de sus integrantes en los actos y procesos en que intervengan; ejercen así sus funciones a través de los diferentes órganos que lo integran y que actúan bajo los principios de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica

La *jerarquía* se manifiesta en la posibilidad que le asiste a los órganos de rango superior de impartir instrucciones a los inferiores, como también

la de ejercer un control en el desarrollo de la gestión [12]. Esto es así dada la vigencia del principio de legalidad que ciñe la actuación de este Ministerio [13].

2.2. Atribuciones

La ley orgánica del Ministerio Fiscal establece genéricamente las atribuciones que les son reconocidas por la Constitución Provincial [14]. Ellas consisten en concurrir a los lugares de detención cuando lo estime conveniente; también pueden asistir a las visitas que a los detenidos realice el Tribunal Superior de Justicia. Además puede requerir el auxilio de las autoridades provinciales y de la fuerza pública; imparte instrucciones a los inferiores jerárquicos, y también imparte órdenes e instrucciones generales y particulares a los integrantes de la Policía Judicial a través de los órganos competentes para cada caso. A su vez, ejerce las demás funciones que las leyes le asignen.

La ley 7826 escuetamente prevé que los fiscales civiles y comerciales han de intervenir en todos los conflictos de competencia. Pero su actividad no se agota en ello, sino que además dicha ley les impone conocer y emitir opinión en los juicios universales: concursales y sucesorios. Esta última intervención encuentra su fundamento en la protección de intereses vacantes o públicos en los que está interesada la sociedad. Estos funcionarios garantizan la regularidad del trámite en los denominados «actos de jurisdicción voluntaria»

(12) El art. 4° de la ley 7826 reza. «Subordinación jerárquica El Ministerio Público se organiza jerárquicamente. Cada fiscal controlará el desempeño de quienes lo asisten y será responsable de la gestión que ellos tienen a su cargo pudiendo impartir instrucciones a los fiscales inferiores con arreglo a lo dispuesto en el Título IV. Los funcionarios que asisten a un superior jerárquico y los órganos inferiores, deben obediencia a sus instrucciones»

(13) El art. 11 de la ley 7826 completa la norma del art. 4°, transcripta *supra*, al disponer: «Instrucciones Los integrantes del Ministerio Público podrán impartir a los inferiores jerárquicos, las instrucciones convenientes al servicio y ejercicio de sus funciones, respetando el principio de legalidad Quedan exceptuados de lo dispuesto en el párrafo anterior los requerimientos, conclusiones, e imposición o cese de medidas de coerción». (Según ley 8147)

(14) El art 10 de la ley 7826 dispone En el ejercicio de sus funciones, el Ministerio Público cuenta con las siguientes atribuciones. 1) Interesarse en cualquier proceso judicial al sólo efecto de observar la normal prestación del servicio denunciando las irregularidades que observare, con arreglo al art 16, inc. 2 2) Concurrir a los lugares de detención cuando lo estime conveniente y asistir a las visitas que a los mismos efectúe el Tribunal Superior de Justicia; 3) Requerir el auxilio de las autoridades provinciales y de la fuerza pública; 4) Impartir órdenes e instrucciones generales y particulares a los integrantes de la Policía Judicial a través de los órganos competentes para cada caso; 5) Ejercer las demás facultades que las leyes le asignen; 6) Impartir instrucciones a los inferiores jerárquicos

y participan en los procedimientos relativos al estado civil de las personas cuando no le corresponda intervenir al fiscal de Familia.

También les compete a estos funcionarios el ejercicio de toda acción fiscal que interese al orden público, con excepción de los asuntos encomendados a otros.

Cabe señalar que el Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba ha omitido toda referencia explícita del Ministerio Fiscal, en el entendimiento de que su competencia estaba fijada por la ley orgánica; sin embargo se ha advertido la necesidad de aclarar cuáles son los supuestos de actuación, que no son contemplados en forma concreta en la ley [15].

3. Organización del Ministerio Público Nacional

Los miembros del Ministerio Público Nacional integran una magistratura especial, distinta y autónoma con respecto a la de los jueces y tribunales, con quienes colaboran en la función de administrar justicia, pero de cuyos poderes decisorios carecen aunque, en materia penal, las leyes reconocen al Ministerio Público ciertas potestades ordenatorias e instructorias [16].

La Constitución Nacional, en su art. 120, le atribuye a este órgano independencia con autonomía funcional y autarquía financiera y tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad,

(15) Ello se grafica en el dictamen N° 71/96 del fiscal de Cámara, del que surge que la legitimación de la intervención de este órgano en las causas que se tramitan ante el Fuero Civil y Comercial no sólo está dada por el nuevo Código de Procedimientos (ley 8465), sino también, en primer lugar por la Constitución de la Provincia, la ley orgánica del Ministerio Público N° 7826 y demás leyes de carácter sustancial y procesal Determina que actúa en cuestiones de competencia, recusación con causa del juez o secretario, beneficio de litigar sin gastos, actos de jurisdicción voluntaria (por ejemplo sumaria de información de rectificación de partidas, modificación o cambio de nombre, residencia de los escribanos, ausencia simple o con presunción de fallecimiento, desaparición forzada), falsedad, segunda copia de escritura, concursos y quiebras. El fiscal civil por los arts. 179 y 258 de la ley 24 522 representa al síndico cuando no existan fondos suficientes y se deben incautar bienes en otra jurisdicción; el fiscal de Cámara Civil interviene en caso de impugnación de la sentencia de verificación en todos los casos en que el síndico sea parte (art. 272 ley citada) y en todos los casos de impugnación de acuerdo homologatorio (art. 51 ib)

(16) Palacio, Lino, ob cit, p 168

de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. En igual sentido dispone la ley orgánica del Ministerio Público que delimita su actuación [17].

El Ministerio Público Nacional presenta la característica diferenciada de ser bicéfalo, ya que a la cabeza se encuentran por una parte el procurador general de la Nación y por la otra el defensor general de la Nación. En idéntico sentido lo regula el art. 2° de la ley orgánica [18]. Estos miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones de igual modo que los jueces.

Cabe señalar que en el orden nacional el Ministerio Público comprende tanto al fiscal como al pupilar y no forma parte del Poder Judicial, ni se encuentra subordinado al Poder Ejecutivo. En rigor, se trata de un órgano denominado «extrapoder». Presenta una organización jerárquica especial, la cual exige que cada miembro del Ministerio Público controle el desempeño de los inferiores y de quienes lo asistan. Debido a ello es que estos funcionarios cuentan con facultades y responsabilidades disciplinarias reconocidas en la ley orgánica a los distintos magistrados o funcionarios que lo integran.

3.1. Composición

Como dijimos, el Ministerio Público, en su expresión fiscal, se integra por un procurador general de la Nación y por procuradores fiscales que

---

(17) Así dispone el art. 1° de la ley 24 946: «El Ministerio Público es un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. Ejerce sus funciones con unidad de actuación e independencia, en coordinación con las demás autoridades de la República, pero sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura. El principio de unidad de actuación debe entenderse sin perjuicio de la autonomía que corresponda como consecuencia de la especificidad de las funciones de los fiscales, defensores y tutores o curadores públicos, en razón de los diversos intereses que deben atender como tales Posee una organización jerárquica la cual exige que cada miembro del Ministerio Público controle el desempeño de los inferiores y de quienes lo asistan, y fundamenta las facultades y responsabilidades disciplinarias que en esta ley se reconocen a los distintos magistrados o funcionarios que lo integran»

(18) La norma citada expresa: «El Ministerio Público está compuesto por el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa»

actuarán por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por el fiscal nacional de Investigaciones Administrativas

Este cuerpo se desenvuelve a través de diversos órganos personales, unificados por la idea común del desempeño de una misma tarea y organizado en forma escalonada. De tal modo que en sentido descendente se individualizan distintos órganos representativos en cada instancia [19].

3.2. Funciones de los integrantes del Ministerio Público Fiscal

La ley orgánica confiere a este Ministerio ciertas funciones que hacen a la tutela del interés publico y con un sentido pedagógico resultan enumeradas, siendo las de mayor trascendencia las siguientes:

a) Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

b) Representar y defender el interés público en todas las causas y asuntos que conforme a la ley se requiera.

c) Promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales, salvo cuando para intentarla o proseguirla fuere necesario instancia o requerimiento de parte conforme a las leyes penales.

d) Promover la acción civil en los casos previstos por la ley.

---

(19) Integran este cuerpo los fiscales generales ante los tribunales colegiados, de casación, de segunda instancia, de instancia única, los de la Procuración General de la Nación y los de Investigaciones Administrativas. Integran además este cuerpo los denominados fiscales generales adjuntos ante los tribunales colegiados de casación, de segunda instancia y de instancia única, los de Procuración General de la Nación y de Investigaciones Administrativas. También lo integran los fiscales ante los jueces de primera instancia los fiscales de la Procuración General de la Nación y los fiscales de Investigaciones Administrativas. Por último, es de señalar que en el estamento menor se encuentran los fiscales auxiliares de las fiscalías de primera instancia y de la Procuración General de la Nación Así lo expresa el art. 3° de la referida ley, que establece «El Ministerio Público Fiscal está integrado por los siguientes magistrados a) Procurador General de la Nación. b) Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de Nación y Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas. c) Fiscales Generales ante los tribunales colegiados, de casación, de segunda instancia, de instancia única, los de la Procuración General de la Nación y los de Investigaciones Administrativas. d) Fiscales Generales Adjuntos ante los tribunales y de los organismos enunciados en el inciso c) e) Fiscales ante los jueces de primera instancia; los Fiscales de la Procuración General de la Nación y los Fiscales de Investigaciones Administrativas. f) Fiscales Auxiliares de las fiscalías de primera instancia y de la Procuración General de la Nación»

e) Intervenir en los procesos de nulidad de matrimonio y divorcio, de filiación y en todos los relativos al estado civil y nombre de las personas, venias supletorias, declaraciones de pobreza.

f) Intervenir en los que se alegue privación de justicia.

g) Velar por la observancia de la Constitución Nacional y las leyes de la República.

h) Velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal.

i) Promover o intervenir en cualesquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados, de conformidad con las leyes respectivas, cuando carecieren de asistencia o representación legal; o cuando fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes y representantes legales, parientes o personas que los tuvieren a su cargo; o hubiere que controlar la gestión de estos últimos.

j) Defender la jurisdicción y competencia de los tribunales.

k) Ejercer la defensa de la persona y los derechos de los justiciables toda vez que sea requerida en las causas penales, y en otros fueros cuando aquéllos fueren pobres o estuvieren ausentes.

l) Velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica, a fin de que los reclusos e internados sean tratados con el respeto debido a su persona, no sean sometidos a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes y tengan oportuna asistencia jurídica, médica, hospitalaria y las demás que resulten necesarias para el cumplimiento de dicho objeto promoviendo las acciones correspondientes cuando se verifique violación.

m) Intervenir en todos los procesos judiciales en que se solicite la ciudadanía argentina.

3.3. Ministerio Público de la Defensa

Conforme al mandato del art. 120 C.N., a la cabeza de este Ministerio se encuentra el defensor general de la Nación, como jefe máximo, y lo integran los demás miembros que la ley establezca [20].

(20) El art. 4º de la ley 24.946 establece que el Ministerio Público de la Defensa se integra por un defensor general de la Nación, por los defensores oficiales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por los defensores públicos de Menores e Incapaces ante los Tribunales de Segunda Instancia, de Casación y ante los Tribunales Orales en lo Criminal y sus adjuntos, y defensores públicos oficiales ante la Cámara de Casación Penal, adjuntos ante la Cámara de Casación Penal, ante los Tribunales Orales en lo Criminal, adjuntos ante los Tribunales Orales en lo Criminal, de Primera y Segunda Instancia del Interior del País, ante los Tribunales Federales de la Capital Federal y los de la Defensoría General de la Nación, defensores públicos de Menores e Incapaces adjuntos de Segunda Instancia, y defensores públicos oficiales adjuntos de la Defensoría General de la Nación, defensores públicos de Menores e Incapaces de Primera Instancia y defensores públicos oficiales ante los jueces y Cámaras de Apelaciones, defensores auxiliares de la Defensoría General de la Nación. Forman parte de este cuerpo también -el Ministerio Público de la Defensa- en calidad de funcionarios los tutores y curadores públicos cuya actuación regula la citada ley.

El defensor general posee deberes y atribuciones, siendo algunas de ellas las siguientes:

- Ejercer ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los casos que corresponda, las facultades del Ministerio Público de la Defensa.
- Delegar sus funciones en los defensores oficiales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de conformidad con lo previsto en el art. 52 de la ley Orgánica.
- Impartir instrucciones generales o particulares a los integrantes del Ministerio Público de la Defensa para la adopción de todas las medidas necesarias y conducentes al ejercicio de las funciones y atribuciones que las leyes le confieren.
- Realizar todas las acciones conducentes para la defensa y protección de los derechos humanos, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 86 C.N..
- Promover y ejecutar políticas para facilitar el acceso a la justicia de los sectores discriminados.
- Disponer fundadamente, de oficio o a pedido de cualquiera de los magistrados que integran la Defensa Oficial, la actuación conjunta o alternativa de dos o más integrantes del Ministerio Público de la Defensa, de igual o diferente jerarquía, respetando la competencia en razón de la materia y del territorio, cuando la importancia o dificultad de los asuntos la hagan aconsejable. Esta limitación no rige para los magistrados de la Defensoría General de la Nación.
- En los casos de formación de equipos de trabajo, la actuación de los defensores que se designen está sujeta a las directivas del titular.

- Asegurar la debida asistencia de cada una de las partes con intereses contrapuestos, designando diversos defensores cuando así lo exija la naturaleza de las pretensiones de las partes.

- Asegurar en todas las instancias y en todos los procesos con menores o incapaces la separación entre las funciones correspondientes a la defensa promiscua o conjunta del defensor de Menores e Incapaces y la defensa técnica que, en su caso, pueda corresponder al defensor oficial.

Por otra parte cabe señalar que los diferentes integrantes del Ministerio Público de la Defensa continúan la actividad desplegada por sus miembros inferiores y participan en el proceso conforme los deberes y atribuciones fijadas en la ley orgánica.

Los defensores oficiales actúan ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación brindando asistencia al defensor general en las funciones que éste les encomiende. Además, la ley orgánica establece deberes y atribuciones, tales como las de sustituir o reemplazar al defensor general en las causas sometidas a su intervención o dictamen cuando por necesidades funcionales éste así lo resuelva y en caso de apartamiento o vacancia

Pueden distinguirse en la función, los defensores públicos de Menores e Incapaces y los defensores públicos oficiales, ejerciendo respectivamente la representación promiscua y la defensa de los carenciados.

Los defensores públicos de Menores e Incapaces aseguran en las instancias y fueros en que actúen la representación promiscua del art. 59 C.C. Por consiguiente entablan en defensa de los menores e incapaces las acciones y recursos pertinentes, ya sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios, v.gr. padres, tutores o curadores.

Por su parte, los defensores públicos oficiales tienen como función la de proveer lo necesario para la defensa de la persona y los derechos de los justiciables, en las causas penales y en otros fueros, cuando aquéllos fueren pobres o estuvieren ausentes.

Así ejercen la defensa y representación en juicio, como actores o demandados, de quienes invoquen y justifiquen pobreza o se encuentren ausentes en ocasión de requerirse la defensa de sus derechos. Su actuación también comprende la defensa de los imputados en las causas que tramitan ante la justicia en lo criminal y correccional, en los supuestos en que se requiera conforme lo previsto por el Código Procesal Penal de la Nación. En esta tarea deberán entrevistar periódicamente a sus defendidos, informándoles sobre el trámite procesal de su causa; deberán intentar la conciliación y ofrecer medios alternativos para la resolución de conflictos. También deben arbitrar los medios para agotar la búsqueda de los demandados ausentes. En consecuencia su actuación cesa cuando notifiquen personalmente al interesado de la existencia del proceso.

4. Organización del Ministerio Público Pupilar en el orden provincial. Caracteres

En el orden local, el constituyente ha hecho caso omiso del Ministerio Pupilar, por lo que ha sido la ley 7982, conocida como de Asistencia Jurídica Gratuita, la que ha salvado el olvido del legislador. La citada normativa incluye un cuerpo de asesores letrados, integrado por asesores en lo Civil y Comercial, en lo Penal, de Menores, de Familia y de Trabajo, asignándole funciones, en algunos casos ya establecidas por las leyes sustantivas y procesales.

4.1. Funciones

El Ministerio Pupilar en el proceso civil no tiene ninguna facultad de instrucción y menos de decisión, correspondiendo estas últimas a la jurisdicción en grado de exclusividad.

Como se apuntó, el art. 59 C.C. ha establecido una representación promiscua y complementaria de los menores e incapaces por el Ministerio Público Pupilar. Ello determina que este funcionario deba intervenir necesariamente en toda cuestión en la que esté en juego la persona o los bienes del incapaz. Su función, en principio, es la de asistencia y control, y la omisión de su intervención produce la nulidad de las actuaciones. Por ello se ha dicho que la intervención del asesor letrado completa la representación del incapaz, pero no sustituye procesalmente la de su representante necesario, padres o tutores.

Cabe señalar, por otra parte, que este funcionario, dada la naturaleza de su intervención como representante promiscuo, puede suplir subsidiariamente la omisa actuación de los representantes legales individuales. Piénsese en el caso de un tutor que cumple en forma deficitaria su función, sin requerir medidas necesarias para la protección de los bienes del incapaz; en este supuesto el asesor podrá requerir las que estime conducentes en interés de aquél. Por cierto que tal facultad debe ser ejercida ante casos extremos.

En el proceso civil el Ministerio Pupilar cumple además otra función, a saber, la de defensa de los pobres o carenciados en los términos de la ley de asistencia jurídica gratuita, en cuyo caso ejerce la de patrocinio letrado. Ello importa que este funcionario brindará asesoramiento jurídico, dará consejos y esgrimirá la defensa técnica que a su juicio requiera la causa. Así por ejemplo, presentará escritos, asistirá a las audiencias, ofrecerá prueba, etcétera.

También ejerce la función de representar a los ausentes o personas inciertas; de este modo se garantiza el contradictorio. Es claro entonces que para que el juez ordene la representación del citado por el asesor letrado, debe tratarse de una persona incierta o de domicilio desconocido que haya sido citada previamente por edictos. En tal supuesto la función del asesor es principalmente la de ejercer el derecho de defensa, y además deberá realizar las gestiones necesarias para ubicar el paradero del citado y así lograr que efectivamente asuma su calidad en el proceso. Cuando el asesor representa al ausente, cuenta con las mismas atribuciones y sujeciones de las partes, con la sola salvedad de que al Ministerio Pupilar no se le impondrán costas por las actuaciones que promueva o por los recursos que entable en cumplimiento de sus funciones (art. 137 C.P.C.C.).

Cabe señalar por último que los integrantes del ministerio público pupilar cumplen funciones específicas en ciertos fueros. Tal sucede en el fuero laboral, en el que se lo denomina «procurador del trabajo» y actúa en defensa o patrocinio de la parte obrera. Otra función especial es la que cumple el Ministerio Pupilar en el fuero de familia a través de los asesores de familia, quienes tienen una función preponderante y diferente en orden a la conciliación de las partes, en una etapa prejurisdiccional que en algunos casos es obligatoria y en otros es optativa.

CAPÍTULO X

Estructura y clasificación de los procesos

Sumario: 1. Unidad del proceso y diversidad de los tipos procesales. 2. Estructura del proceso civil. Clasificación. 2.1. Por la naturaleza del órgano. 2 2. Por la naturaleza de la pretensión. 2.3. Por la existencia o no de conflicto. 2.4 Atendiendo al fin perseguido. 2.5. Por su estructura. 2.5.1. Juicios declarativos generales. 2.5.2. Juicios declarativos especiales. 2.5.3. Juicio ejecutivo general. 2.5.4. Juicio ejecutivo especial. 3. Estructura y clasificación de los procesos penales. 4. Estructura y clasificación de los procesos de familia y laborales. 5. Tendencias actuales en la legislación. 5.1. Proceso por audiencias. 5 1.1. Audiencia preliminar. 5.1.1.1. Concepto y caracteres. 5.1.1 2. Objeto y función. 5.1.2. Etapa de las postulaciones. 5.1.3. Audiencia de vista de causa. Concepto y fundamentos. 6. Otras instituciones actuales

1. Unidad del proceso y diversidad de los tipos procesales

El proceso es una estructura técnica y constituye una unidad conceptual que puede ser perfilada y delimitada a partir de sus elementos externos en una forma meramente descriptiva o determinando su naturaleza jurídica o esencia. Estos puntos han sido desarrollados en otro capítulo pero conviene recordar que para describir el proceso tenemos que aludir a tres elementos básicos el objetivo, el subjetivo y el teleológico Cada uno de ellos es indispensable para identificarlo como tal

Desde otro punto de vista, esto es analizando el proceso en su esencia, es una institución jurídica destinada a la realización jurisdiccional indirecta del derecho de fondo. Esta institución, ente abstracto, toma vida en el trámite a través de diferentes formas procesales que intentaremos clasificar atendiendo a diversos criterios: en primer lugar en el campo del proceso civil y luego en otros ámbitos procesales.

No existe en realidad una sola figura procesal, sino múltiples figuras procesales que en atención a sus varias características se agrupan en diferentes tipos que pretendemos clasificar. La tipología procesal puede trazarse desde diferentes puntos de vista. Pero el mejor criterio a emplear, como *suma divitio* del proceso, es el que fija en el sector del ordenamiento jurídico al que pertenece la materia del que el proceso se ocupa. Cierto es que en sectores distintos del derecho puede haber materias más afines entre sí que entre ellas y las restantes de su grupo; pero, aun reconociendo esta circunstancia, el criterio debe ser mantenido porque en realidad la pertenencia a un mismo mundo jurídico imprime carácter a cada materia procesal.

Por ello debe entenderse que desde este punto de vista los principales tipos de procesos son los siguientes: a) Proceso civil, extensivo a todas las materias del derecho privado; rama lógicamente igual a las restantes pero la primera y más adelantada desde el punto de vista de su evolución científica. b) Proceso penal: que comprende las materias penales; de él cabe considerar como variedad el proceso militar y el de los menores [1]; c) y con carácter solamente enunciativo, el proceso administrativo, el proceso internacional, el proceso laboral, familiar, etcétera.

Cabe señalar que la existencia de múltiples tipos procesales, esto es la pluralidad de tipos procesales existe sin afectar la unidad conceptual de la figura procesal madre: el proceso como estructura técnica jurídica, que es uno y único y sigue siendo idéntico aunque se manifieste diferente en sus ramas

Señalamos por último que atento esta unidad fundamental del proceso,es posible el tratamiento conjunto de algunos de sus aspectos y un tratamiento diferenciado respecto de otros. Ello se traduce en una variedad

(1) Guasp, Jaime, ob. cit., p. 27

en la tipología normativa de cada rama procesal que implica de alguna manera la necesidad del estudio diferenciado para cada una de ellas.

La clasificación de los procesos, ya sea doctrinaria o legislativamente, surge ante la necesidad ineludible de contemplar nuevas situaciones a las que un sistema único no puede brindar soluciones.

Actualmente, con el transcurso del tiempo, con la aparición de nuevas formas de vida, por las profundas transformaciones socioeconómicas, se hace sentir la necesidad de crear otras formas procesales. Se multiplican los procedimientos, casi podríamos decir que hay una excesiva proliferación de tipos. Así nuestro Código Procesal Civil y Comercial contempla los declarativos y ejecutivos, los que se distinguen en generales y especiales, actos de jurisdicción voluntaria, a los que debe también agregarse los procedimientos que contemplan las diferentes leyes (por ejemplo: de amparo, de familia, de sociedades y concursos, etcétera).

La tendencia moderna para los códigos procesales civiles tiende a la simplificación de los tipos procesales. Ello se advierte también en otros procedimientos formales más actuales como el Código Procesal Penal, el Laboral y el Familiar, que no muestran la abundancia de nuestro Código Procesal Civil. Existen además procedimientos con particularidades propias, que pueden clasificarse en la legislación positiva vigente. Esta clasificación persigue un fin didáctico y permite efectuar un estudio metodológico de los procedimientos.

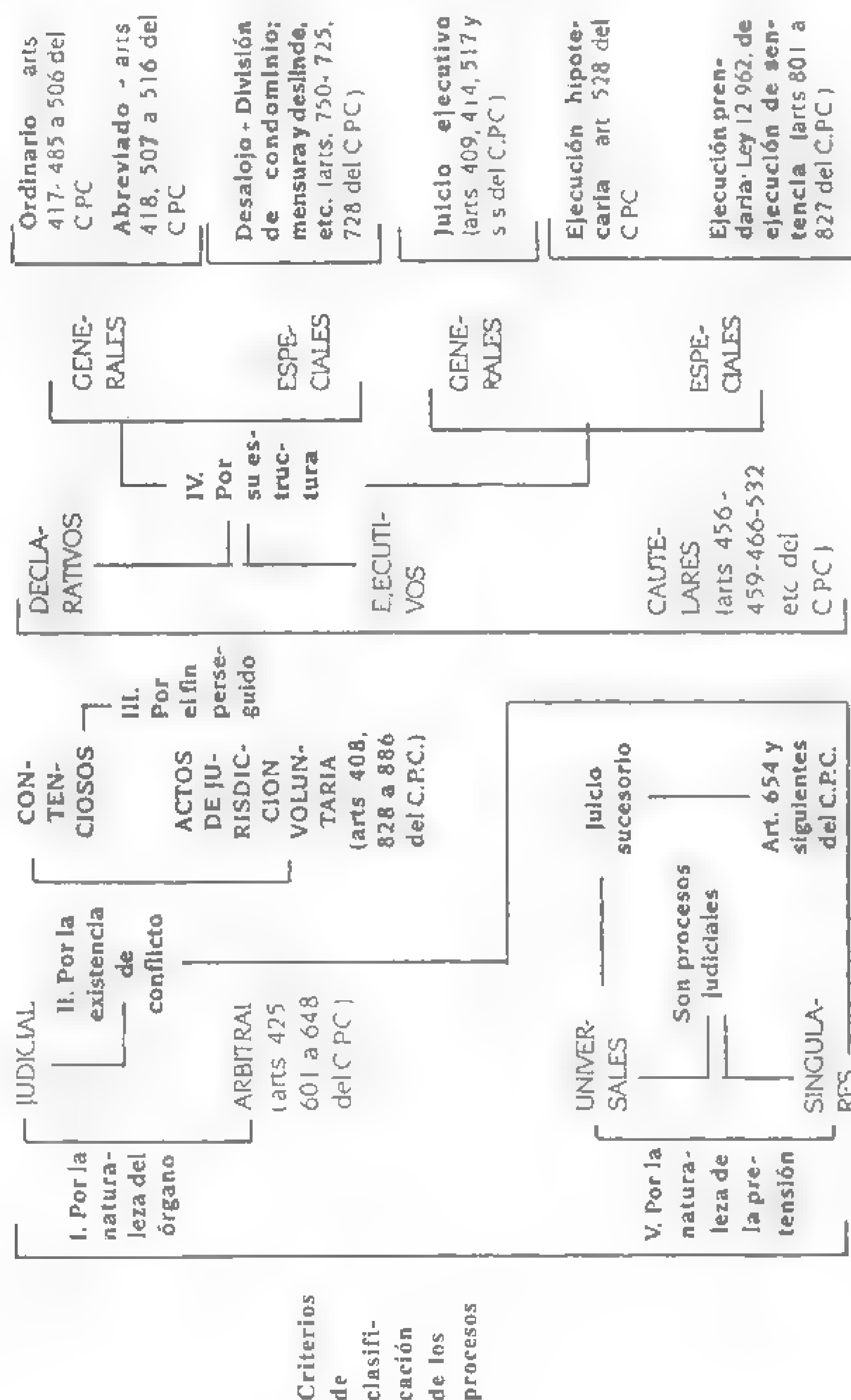
2. Estructura del proceso civil. Clasificación

El proceso civil presenta una estructura dialéctica reiterada en sus diferentes regulaciones adjetivas. Es así que se inicia por actos de postulación en los que se plasman la pretensión esgrimida por el actor que se integra con la contestación de la demanda o diferentes actitudes que puede asumir el demandado frente a ella y se desarrolla en etapas posteriores, de prueba, de discusión y de sentencia.

Existen diferentes criterios para su clasificación, a saber.

I. Por la naturaleza del órgano;
II. Por la existencia de conflicto;
III. Por el fin perseguido,
IV. Por la estructura;
V. Por la naturaleza de la pretensión.

Criterios de clasificación de los procesos



2.1. Por la naturaleza del órgano

Esta clasificación se efectúa teniendo en cuenta al juez, es decir al sujeto que va a dirimir el conflicto. En este enfoque, se distingue el procedimiento judicial público propiamente dicho del procedimiento arbitral realizado ante jueces privados previsto para casos especiales. Ambos se ajustan al precepto constitucional del debido proceso y del juez natural (art. 18 C.N.).

Proceso judicial: Se hace referencia al que se desarrolla ante el órgano jurisdiccional (tribunales públicos) y que constituye el proceso por antonomasia. Es aquel que se realiza ante un juez investido por el Estado de la potestad de administrar justicia, con todas las facultades que le son inherentes: *notio, vocatio, coertio, iudicio y executio*. El fundamento constitucional del proceso judicial está dado por el principio del juez natural y debido proceso.

Proceso arbitral: se configura esta modalidad cuando el proceso se desarrolla ante un juez denominado *árbitro*, que recibe el mandato de las partes o de la ley, con el fin de dirimir la contienda, respetando las garantías de imparcialidad y ecuanimidad. En otras palabras, las partes pueden, en ciertos casos, sustituir al órgano jurisdiccional del Estado que hubiere correspondido entender, para someter la decisión de sus controversias a jueces privados de su elección, llamados *árbitros*, que a diferencia de los jueces ordinarios, reciben sus facultades de las partes. Asimismo, su poder de juzgar se encuentra limitado a las cuestiones que a ellos se les propongan. A diferencia del juez público, el árbitro carece de *coertio* y de *executio*. Por consiguiente, su poder comprende el de conocer, llamar a las partes para que comparezcan y se defiendan y dictar sentencia. En el caso de que se vieran precisados a dictar medidas cautelares deberán hacerlo a través de un juez público. Su sentencia (laudo) deberá ser protocolizada en los libros de un juzgado ordinario y de este modo tal pronunciamiento se convierte en un título susceptible de ejecución. Como carece también de facultad de *executio*, los trámites destinados a la ejecución de la sentencia se realizarán ante el juez público.

2.2. Por la naturaleza de la pretensión

Este criterio de clasificación está determinado por el tipo de pretensión y los divide en: universales y singulares.

Procesos universales: son aquellos que tienden a la ...
patrimonio de una persona por causa de muerte o de fa...

Estos procesos ejercen fuero de atracción. Esto im... juez de la causa deben deducirse y tramitarse todas las ac... que tengan los acreedores contra el causante de la suc... fallido. Así por ejemplo, cuando el proceso universal es ... fallecimiento de una persona en virtud de lo dispuesto ... C.C., se ventilan a un mismo tiempo diferentes acciones ... diversos sujetos para la liquidación de un activo común

Existen tres tipos de procedimientos universales

El sucesorio;

el concursal (art. 22 de la ley 24.552).

la quiebra (art. 136 de la ley 24.552).

Procesos singulares: En los procedimientos singulares el ... la existencia de partes individuales en situación de conflic... titulares de las pretensiones hechas valer en juicio, qu... deben contar con capacidad procesal. Estos sujetos, act... se encuentran en una posición doble, igual y contradictoria ... en estos procesos encontramos siempre a un actor y a ... munidos del poder de acción y de excepción recíprocam... significa que la ley debe garantizarles, obedecien... constitucional, iguales oportunidades en cuanto a la defen... Se encuentran además en una posición contradictoria, p... pretensión del actor, se esgrime una pretensión negativ... demandado. El alcance que se le atribuye a la parte indivi... de la siguiente manera: puede estar representado por u... física o jurídica, es decir se manifiesta en forma singular. ... calidad de parte se posicionan dos o más sujetos, ellos ... en sentido plural (litis-consorcio). En los procesos singular... el interés de una o más personas con relación a una o m... determinadas. Pero como se ha dicho, en caso de que se... plurales lo que caracteriza al procedimiento «como singular» ... los sujetos por una única relación jurídico-procesal.

2.3. Por la existencia o no de conflicto

Los procesos judiciales se subclasifican según se plantee en ellos o no controversia. En tal sentido se distinguen los procesos contenciosos de los actos de jurisdicción voluntaria.

Contenciosos: Son aquellos que tienden a la obtención de un pronunciamiento que dirima un conflicto u oposición de intereses suscitado entre dos o más personas que revisten la calidad de «partes»[2].

Cabe señalar que esta situación de controversia existe aun en el caso de rebeldía del demandado, porque lo que caracteriza a estos procedimientos es que la contienda exista al menos en situación potencial. La rebeldía es una figura que data desde muy antiguo y a través de ella se responde a la inactividad de las partes frente a una conminación de actividad, específicamente la de comparecer a estar a derecho y asumir su posición de parte en el proceso. Por consiguiente, ella deviene por la falta de cumplimiento de una carga procesal, esto es, la de comparecer o apersonarse. Es así que si la parte es declarada rebelde el proceso continúa y avanzará por sus diferentes etapas y se le tendrá por notificado de las demás providencias dictadas.

En cambio, cuando el demandado comparece al juicio y se opone a la pretensión ejerciendo su poder de excepción en forma genérica, estaremos frente a un proceso en el que se advierte la vigencia plena y efectiva del contradictorio. Es así que la parte podrá deducir las defensas que tuviere y podrá discutir las pretensiones hechas valer por el actor en su demanda. También podrá ofrecer y producir la prueba necesaria a su derecho.

Actos de jurisdicción voluntaria Los llamados actos de jurisdicción voluntaria tienen por finalidad integrar, constituir o dar eficacia a ciertos estados o relaciones jurídicas privadas frente a la sociedad.

En estos actos de jurisdicción voluntaria no hay conflicto aunque eventualmente pueden tornarse contenciosos. En ellos participa un miembro del Ministerio Público Fiscal asegurando el contradictorio. Cierto sector de la doctrina no le reconoce a esta actividad el carácter de «jurisdiccional». Así apunta Palacio, que «*no puede denominarse jurisdiccional esta actividad cuando no existe conflicto*»[3]. En tal sentido existe una marcada tendencia a descongestionar el ámbito de la justicia y achicar la masa litigiosa, por lo que se ha entendido que este tipo de actividad podría realizarse en sede administrativa.

---

(2) Palacio, t. I, ob cit., p. 227.

(3) Palacio, t. I, ob cit., p. 356

2.4. Atendiendo al fin perseguido

Esta clasificación tiene en cuenta el tipo de condena que puede ser el resultado del proceso. Así distinguimos *los procesos declarativos, los ejecutivos y los cautelares*. Esto es, según se pretenda la declaración de un derecho, su ejecución o el aseguramiento de lo resuelto.

Declarativos:

El juicio declarativo, llamado también ordinario, de conocimiento o de cognición es aquel que tiene por objeto una pretensión inicialmente incierta tendiente a lograr que el tribunal que conoce el problema reciba la prueba y dicte la sentencia decidiendo sobre el fondo de la cuestión. Es decir, siguiendo el concepto de Palacio, es el procedimiento que tiene por fin que el juez dilucide o declare el derecho mediante la aplicación de las normas pertinentes. A través del desarrollo y culminación del juicio, se obtendrá una sentencia que contenga una declaración de certeza sobre la existencia o inexistencia del derecho pretendido por el actor dando por terminada la situación dudosa. En nuestro Código Procesal Civil se los denomina juicios ordinarios (arts. 417, 485 C.P.C.); también se encuentra en esta categoría el juicio abreviado. Es que en el ordenamiento procesal local se admiten dos clases de juicios declarativos: el ordinario y el abreviado (art. 411 C.P.C.). La sentencia que se dicte en ellos produce el efecto de cosa juzgada material. Esto significa que la resolución una vez firme y ejecutoriada goza de *inmutabilidad* y, por lo tanto, la ley no admite otra vía procesal autónoma que posibilite su modificación. De aquí que esa inmutabilidad de lo resuelto, ante la falta de recurso o por haberse agotado la instancia en alzada, implica la estabilidad del pronunciamiento definitivo en cuanto a la mera declaración, condena o constitución que contiene.

En doctrina a este tipo de procedimiento se le denomina proceso de conocimiento o de plena cognición. Ello porque el conocimiento del juez es cuantitativamente plenario, por cuanto abarca la totalidad de la relación jurídica que se le somete a juzgamiento. Así, las partes tendrán la posibilidad de alegar y discutir con holgura sus pretensiones y, correlativamente, de ofrecer y diligenciar todas las medidas de pruebas pertinentes. Es de advertir que el sistema del Código Procesal de la Nación establece en el Libro II de la Parte Especial los llamados procesos de conocimientos que comprenden: el proceso ordinario (art. 330 C.P.C.N) y el proceso sumarísimo (art. 498 C.P.C.N).

Ejecutivos:

El proceso de ejecución es aquel en el cual preexistiendo un derecho cierto o presumiblemente cierto, se procura su efectivización para satisfacer el interés del titular. En este tipo de proceso se solicita la efectivización coactiva de un derecho reconocido en una sentencia o en un título de ejecución [4].

El legislador al establecer el juicio ejecutivo en la ley procesal ha tenido en miras otorgar un instrumento ágil y apto para lograr el cobro de ciertos créditos en un tiempo razonable. Ello apareja un doble beneficio para el acreedor y el deudor (art. 414 C.P.C.). Lamentablemente este objetivo se ha desvirtuado en el procedimiento y en la práctica el trámite ejecutivo a menudo insume más tiempo que la tramitación de un juicio declarativo. Modernamente han aparecido otras formas procesales más expeditivas que cumplen adecuadamente con los fines de celeridad y agilidad y se manifiestan en los denominados procesos monitorios, urgentes, etcétera.

Cautelares:

Es común que la sustanciación del proceso lleve un tiempo considerable. En efecto, la experiencia demuestra que entre demanda y sentencia puede transcurrir un largo período de tiempo. Por ello, a los fines de garantizar los derechos del actor o evitar que ellos se tornen ilusorios, se han previsto los procedimientos cautelares.

Las medidas cautelares son aquellas que tienden a impedir que el derecho cuya actuación se pretende, pierda virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre demanda y sentencia [5]. Pero con más precisión se ha señalado que las medidas cautelares «*son resoluciones jurisdiccionales provisionales que se dictan inaudita parte o con trámite sumario o de conocimiento limitado con el fin de evitar el menoscabo inminente de derechos personales o patrimoniales*» [6].

2.5. Por su estructura

Los juicios contenciosos declarativos y ejecutivos, atendiendo a su estructura se subclasifican en generales y especiales. Este criterio

---

(4) Couture, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, Talleres Edigraf, Bs As., p. 455

(5) Palacio, Lino, *Tratado*, t. VII, p. 62.

(6) Colombo, *Código de Procedimiento Civil y Comercial*, Abeledo-Perrot, Bs As., 1965.

tiene en cuenta prevalentemente las formas procesales asignadas para su trámite.

La regla general para la tramitación de un juicio civil es el procedimiento ordinario general o de conocimiento amplio. Por ello se ha dicho que la denominación «generales» hace referencia a la subsidiariedad, es decir que aquel conflicto de intereses donde la ley ritual no ha establecido un procedimiento determinado, tramitará por los declarativos generales [7].

Ello surge del propio texto del Código y del análisis de las disposiciones contenidas en los arts. 420 y 423 C.P.C.. De la lectura de estas normas se advierte, en primer lugar, que cuando se trate de alguna cuestión no apreciable en dinero o cuando haya dudas sobre el valor de la demanda se utilizará el procedimiento ordinario. Completa este pensamiento lo dispuesto en el art. 420 C.P.C., norma antigua pero de gran utilidad que a veces no está incluida en los códigos modernos y que establece que en caso de que se suscitara alguna duda sobre qué procedimiento deba adoptarse, los tribunales deberán proceder por el trámite más amplio, esto es por el procedimiento del juicio ordinario.

Por otra parte, la procedencia del trámite abreviado está enunciada en forma taxativa en el art. 418 a lo largo de siete incisos. Para la determinación de este trámite el legislador ha tomado partido por un criterio prevalentemente cuantitativo tensado por el que tiene en cuenta la naturaleza de la pretensión. Así, ciertos asuntos imponen una tramitación más sumaria, y en atención a ello, es que se ha señalado en el texto normativo las pretensiones que deben tramitarse bajo la forma de juicio abreviado.

2.5.1. Juicios declarativos generales

El *juicio ordinario* es aquel en el cual pueden plantearse y decidirse en forma definitiva la totalidad de las cuestiones jurídicas derivadas de un conflicto entre partes. Es la forma más común de tramitación de la litis. Constituye lo que en doctrina se denomina procesos de cognición; se caracterizan por el grado de conocimiento que asume el juez respecto a las situaciones jurídicas que se pueden plantear y sobre las cuales ha de

(7) Rodríguez Juárez, Manuel E., *Procedimientos generales y especiales*, Alveroni, Cba., 1999, p. 13

versar la decisión. En otros ordenamientos procesales se alude a este tipo de proceso cuando se emplea el vocablo «plenarios». Esto es así porque atiende a la totalidad del conflicto, dirimiéndolo en forma definitiva. En este tipo de proceso la sentencia produce el efecto de cosa juzgada material, que implica la inmutabilidad de lo decidido y además que no podrá realizarse otro juicio entre las mismas partes, con el mismo objeto y por la misma causa. El juicio ordinario es el prototipo del juicio de conocimiento.

Como dijimos, el juicio ordinario es aquel que tiene por objeto una pretensión inicialmente incierta tendiente a lograr que el tribunal que entiende en la causa conozca a fondo el problema, reciba la prueba y dicte sentencia de mérito, decidiendo en forma definitiva la cuestión.

Por el trámite del juicio ordinario se ventila todo asunto cuya cuantía exceda los cien jus, y toda demanda que persiga la condenación de daños y perjuicios, cualquiera sea su monto.

El juicio ordinario constituye la vía de mayor amplitud para esclarecer las contiendas o conflictos. Se caracteriza por sus plazos amplios que se reflejan en todas sus etapas. Por ejemplo: en el plazo para contestar la demanda (art. 493 C.P.C.); en el plazo para ofrecer, recepcionar y meritar la prueba (art. 498 C.P.C.) y en el término para dictar sentencia (art. 121 C.P.C.).

El *juicio abreviado*, que también pertenece a la categoría de los declarativos generales, está reservado a cuestiones de menor entidad económica y el trámite es más sucinto. Se sustanciará por el trámite del juicio abreviado toda demanda cuya cuantía no exceda los cien jus, con excepción de las que persigan la condenación de daños y perjuicios que, como vimos, se sustanciará siempre por el procedimiento ordinario. Del mismo modo, también se tramitarán por el procedimiento del juicio abreviado: la consignación de alquileres; la acción declarativa de certeza; el pedido de alimentos y litis expensas, los incidentes y todos los casos para los cuales la ley sustantiva establece el juicio sumario u otra expresión equivalente (art. 418 C.P.C.C.). De igual modo que en el juicio ordinario, la sentencia que se dicte en el juicio abreviado produce el efecto de cosa juzgada sustancial

2.5.2. Juicios declarativos especiales

Los juicios declarativos se clasifican en generales y en especiales. Hemos desarrollado en el punto anterior los generales. Los juicios declarativos

especiales son caracterizados por el art. 412 C.P.C. como «aquellos que la ley establece para determinadas relaciones de derecho». Indudablemente cabe computar entre ellos, además del juicio de división de condominio, el de mensura y deslinde, el desalojo, etcétera. Se hallan sometidos a trámites específicos, diferentes al general, cuyas particularidades procesales, resultan determinadas generalmente por la naturaleza de la pretensión y por el derecho de fondo que se pretende realizar.

2.5.3. Juicio ejecutivo general

El proceso ejecutivo pretende asegurar dos valores, el de celeridad y el de seguridad, cuya tensión se manifiesta en este tipo de juicio que nuestra ley regula con similitud al previsto en el sistema de la Nación.

Como principio general puede decirse que el procedimiento ejecutivo es el instrumento acordado por el legislador que permite a través de una sustanciación ágil obtener la realización del crédito plasmado en un título que debe reunir ciertas características especificas. Así, el título ejecutivo goza de una presunción de autenticidad. A tal efecto, debe contener ciertas condiciones genéricas indispensables; tales son: que contenga una obligación de pagar una suma de dinero; que la cantidad sea líquida o fácilmente liquidable por una simple operación aritmética sobre las bases que el mismo título suministre; por último, que ella resulte exigible, es decir no sujeta a condición y que sea de plazo vencido (arts. 517 y 518 C.P.C.).

Se trata de «*un juicio sumario en sentido estricto y de ejecución cuyo objeto consiste en una pretensión tendiente a hacer efectivo el cumplimiento de una obligación documentada en algunos de los títulos ejecutivos extrajudiciales (convencionales o administrativos) que en razón de su forma o contenido autorizan a presumir la certeza del derecho del acreedor*» [8].

Así, se ha expresado que «*nuestro proceso ejecutivo es un verdadero juicio, siempre jurisdiccional, con etapas necesarias de conocimiento (el examen del título por el juez), bilateralidad y posible contienda (cuando el ejecutado excepciona)*» [9].

El fundamento de este tipo de proceso reside en razones que abrevan en el concepto de necesidad referido especialmente a las relaciones

(8) Palacio, Lino, *Tratado* .., t. XI, p. 170

(9) Podetti, Ramiro J. *Tratado de las ejecuciones*, 3ª ed. ampliada y actualizada por Víctor A. Guerrero Leconte, Ediar, Bs As , 1997, p. 97.

comerciales. De este modo se procuró implantar una vía idónea y rápida para el cobro de ciertas obligaciones. El logro no fue total porque sólo es vía rápida cuando el demandado no ejerce su derecho de defensa, en cuyo caso una vez interpuesta la demanda y citado para oponer excepciones, el juez sin más trámite dicta sentencia.

Colombo, en un análisis sobre el origen del juicio ejecutivo señala que «*mantiene un estrecho parentesco con el preterito mandatum de solvendo sine clausula iustificativa, sumido en la penumbra histórica*» y agrega que «*ese mandatum tuvo origen en una reacción tendiente a satisfacer una necesidad; la reacción consistió en oponer al solemnis ordo iudicairus del derecho común formalista, complicado, lento y costoso. Para ello se instrumentaron tipos de procesos cuya característica fuera la sumariedad y así arbitrar un recurso técnico que permi tiera lograr celeridad y plena efectividad con que el proceso debe contribuir a la agilidad propia del tráfico mercantil*» [10].

Se ha señalado que en «*nuestro juicio ejecutivo hay sólo una dosis del derecho germano, conjugado y atemperado por la juricidad romana y los principios éticos del derecho canónico. En la ejecución pura predomina la influencia germánica y el principio de la disponibilidad absoluta del derecho y se antepone la celeridad a la seguridad jurídica*» [11].

Por ultimo, cabe destacar que en el juicio ejecutivo general es posible su realización a lo largo de cuatro etapas, al igual que el ordinario. Ello sucede cuando el demandado impugna el título a través de excepciones. En este caso la ley establece un trámite demasiado burocrático que se opone a las características de procedimiento que se pretende (arts. 545 y ss. C.P.C.). El trámite es estrictamente ejecutivo sólo cuando el demandado no opuso excepciones y vencido dicho plazo, el juez dicta sentencia (art. 546 C.P.C.). La sentencia de trance y remate que resuelve la pretensión ejecutiva solo puede pronunciarse sobre la legitimidad de las excepciones y decidir llevar adelante la ejecución o no hacer lugar a ella (art. 556 C.P.C.). Produce el efecto de cosa juzgada formal, por ende los arts. 529 y 557 C.P.C. dejan a salvo la posibilidad tanto al actor como al demandado para entablar la demanda ordinaria de repetición, sin que pueda volverse a discutir en este trámite sobre las defensas que hayan sido motivo de pronunciamiento.

(10) Colombo, Carlos J., *Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Capital*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1965, t. II, p. 755

(11) Podetti, Ramiro J., ob cit., p. 97.

2.5.4. Juicio ejecutivo especial

Bajo la forma de tramitación de juicios ejecutivos especiales, se tratarán pretensiones de naturaleza ejecutiva que estén contenidas en documentos a los que la ley (sustancial y procesal) les asigna una forma particular de sustanciación. Tales son la ejecución prendaria, hipotecaria, la ejecución de sentencia, las ejecuciones fiscales, reguladas en el Código Tributario (arts. 120 y ss. del C.T.) y el cobro de multas y de costas liquidadas (art. 801 C.PC.).

3. Estructura y clasificación de los procesos penales

En el ámbito del proceso penal cordobés, el legislador ha tomado partido por una estructura procesal tipo, denominada «juicio común». A través de esta forma procesal que señala un encadenamiento determinado de actos procesales, se dirime la pretensión punitiva del Estado [12]. Materialmente, se ha presentado al proceso penal como una serie de actos cumplidos por los órganos públicos determinados por la ley y por particulares obligados o autorizados a actuar. En esta noción se comprende a todas las personas que deben o pueden intervenir, sea con relación al objeto principal o accesorio del proceso [13].

Cada norma penal elabora un tipo de ilicitud que consiste en la descripción de una conducta humana que puede ocasionar daño y por lo tanto contiene una amenaza de sanción para ella. Así las normas establecen las penas o medidas de seguridad que se han de aplicar a quienes incurran en la conducta descripta.

El juicio común está diseñado en base a dos grandes momentos: el primero, la investigación fiscal preparatoria o excepcionalmente jurisdiccional, que culmina con la acusación (arts. 301 y 339 C.P.P.). El segundo momento se manifiesta en el juicio plenario, oral, público y contradictorio que se realiza ante el tribunal de sentencia, Cámara del Crimen, que conoce en forma unipersonal o colegiada, según sean las circunstancias, y que resuelve en forma definitiva (art. 381 C.P.P).

(12) El juicio común está regulado a partir del art. 361 C PC.

(13) Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 22

La regulación del juicio común ha sido formulada con la reforma al Código Procesal Penal, que adoptando criterios innovadores en la materia cambia la forma procesal en relación al Código anterior. Similar proceso se ha recibido para el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, sancionado el 18 de diciembre de 1997. Se ha dicho acertadamente que el nuevo Código se sienta sobre dos pilares fundamentales, cuales son: efectividad y garantía, siguiendo los recientes lineamientos sentados en Congresos, Jornadas de Derecho Procesal que acentúan sus propuestas fundamentalmente en un mayor activismo de los sujetos y simplificación del rito [14].

Este nuevo Código Procesal, con modelo similar al cordobés, se estructura a través de una etapa instructoria preliminar a cargo del Ministerio Público y con la intervención del juez penal denominado de «garantías». La simplificación del rito se manifiesta a través de diferentes resortes que fueron instrumentados a lo largo de la instrucción y del plenario, tales como la desaparición del procedimiento intermedio, la audiencia preliminar del debate y el juicio abreviado, entre otros [15].

Por último, es importante destacar en ambos Códigos Procesales Penales la reubicación de los sujetos procesales, que significa una reasunción de roles por cada uno de los sujetos intervinientes.

El Código Procesal Penal regula en el Libro Tercero, además del juicio común, los procedimientos especiales. En esta última categoría se ubican el juicio correccional, el juicio abreviado, el juicio de menores y el juicio por delitos de acción privada.

Conforme el principio sentado *supra*, los juicios especiales presentan la característica de ser una forma particular de tramitación para supuestos determinados. La diferente forma de tramitación asignada por la ley procesal penal para juicios especiales tiene en cuenta diferentes circunstancias. Así por ejemplo, la magnitud de la pena (juicio correccional), la edad del imputado (juicio de menores) o la naturaleza de la causa (juicios por delitos de instancia privada).

Un caso especial incorporado recientemente en el C.PP es el de juicio abreviado; esta modalidad encuentra fundamento en la actitud que asume

(14) Ledesma, Angela Esther, «La reforma procesal penal de la provincia de Buenos Aires», L.L. 1997-B, p. 1056

(15) Ledesma, Angela Esther, ob. cit. en nota anterior, p. 1056

el imputado en orden a la confesión o admisión de los hechos endilgados, lo que ocasiona la terminación anticipada del trámite. Por ello el juicio abreviado suscita un truncamiento del proceso y por ende se torna más breve. El fundamento para justificar esta forma de procedimiento está dado en buscar una solución que otorgue al justiciable una salida rápida y justa a su conflicto y a la vez descongestione al Estado en su tarea de administrar el derecho [16].

La novedad en este tipo de trámite está dada en la aceptación en materia penal de naturaleza no disponible, de la posibilidad de un consenso especial entre el Tribunal, el fiscal y la defensa, lo que autoriza a formular un acuerdo que suscita el acortamiento de trámites procesales y que incluye el tema de la imposición o extensión de la pena [17].

La única norma que alude a este tipo de procedimiento establece que el trámite del juicio abreviado procederá cuando el imputado confesare circunstanciadamente su culpabilidad, en cuyo caso podrá omitirse la recepción de otra prueba tendiente a acreditarla y siempre que existiere acuerdo entre el Tribunal, el fiscal y los defensores. Se trata de una instancia de corte netamente transaccional y negociadora, en la cual el llamado principio de autonomía de la voluntad, tradicionalmente ajeno al proceso penal, pasa a ocupar un papel preponderante [18]. La transacción o negociación propia del proceso abreviado reside fundamentalmente en cuantificar el monto de la pena. El protagonista principal de este trámite es el Ministerio Público Fiscal. En definitiva, la decisión de imponer el trámite de juicio abreviado es una decisión que pertenece al campo de la política procesal criminal y se justifica ya que configura un medio para lograr condenas en forma más rápida o en tiempos más breves.

La reducción en el trámite, en consecuencia, se manifiesta específicamente en la etapa de la prueba, ya que la confesión circunstanciada de la culpabilidad por parte del imputado, libera al fiscal y al tribunal de producir y de recibir otra prueba [19].

(16) Vivas Usher, Gustavo, ob cit , t II, p 429

(17) Cafferata Nores, José, *Introducción al derecho procesal penal*, Marcos Lerner, Cba., 1994, p. 51

(18) Vivas Usher, Gustavo, ob. cit , t II , p 430

(19) El art 415 C PP dispone: «Si el imputado confesare circunstanciada y llanamente su culpabilidad podrá omitirse la recepción de la prueba tendiente a acreditarla, siempre que estuvieren de acuerdo el Tribunal el fiscal y los defensores En tal caso, la sentencia se fundará

Esta nueva forma procesal significa admitir una excepción al principio de legalidad que implica en ciertos casos la limitación de la búsqueda de la verdad real por la verdad consensuada y priorizar por sobre la aplicación de la pena, la reparación de la víctima u otras soluciones alternativas [20].

El proceso de menores regulado a partir del art. 416 C.P.P. y reglamentado por la ley provincial 4873 se rige en principio por las reglas comunes del Código Procesal Penal. Sin embargo, su característica especial está dada por ciertos puntos diferenciados que establece la ley, como por ejemplo la salvedad que se regula para los imputados menores, quienes no se encuentran sometidos a la normas relativas a la prisión preventiva. Por otra parte, respecto a ellos se impone la regla de la reserva protegiendo el derecho a la intimidad del menor, disponiendo que el juicio de debate se realizará a puertas cerradas.

Por último, el juicio por delitos de acción privada denominado «querella», constituye otra forma de tramitación especial y se reservan para esta calificación las acciones de calumnias e injurias [21]. Este tipo de trámite está regulado a partir del art 424 C PP y prevé en su procedimiento la realización de una audiencia de conciliación.

4. Estructura y clasificación de los procesos de familia y laborales

En el proceso de familia se presentan diversos tipos procesales, que en algunos casos son establecidos por la ley procesal provincial y en otros por el Código Civil. Esto es así, ya que por la importancia y trascendencia de ciertas instituciones, el legislador nacional ha considerado conveniente establecer normas que se ocupen de regular

en las pruebas recogidas en la investigación penal preparatoria y no se podrá imponer al imputado una sanción más grave que la pedida por el fiscal No regirá lo dispuesto en este artículo en los supuestos de conexión de causas, si el imputado no confesare con respecto a todos los delitos atribuidos, salvo que se haya dispuesto la separación de juicios»

(20) Cafferata Nores, José I , ob. cit., p 52

(21) El art. 73 C.P establece que «... son acciones privadas las que nacen los siguientes delitos: 1) Calumnias e injurias; 2) Violación de secretos, salvo en los casos de los arts. 154 y 157; 3) Concurrencia desleal, prevista en el art. 159; 4) Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuera el cónyuge»

una cuestión eminentemente procesal. De este modo se procura garantizar la efectividad de las instituciones reguladas por los códigos de fondo [22].

En Córdoba existe una organización y procedimiento especiales para los asuntos de familia [23]. En el procedimiento familiar también se legisla un juicio común, existiendo además procedimientos especiales. El trámite del juicio común es el de juicio oral y reservado, de instancia única, con tribunal colegiado e impulso procesal de oficio. Por esta forma de sustanciación se resuelven en general los asuntos referidos a divorcio, separación personal y nulidad de matrimonio, filiación, adopción, etcétera. El trámite del juicio común se desarrolla mediante un procedimiento por audiencia *sui generis*. Se trata de un procedimiento mixto preponderantemente inquisitivo que se manifiesta en el impulso procesal de oficio y en las potestades jurisdiccionales que tienen los jueces en orden a la proposición y diligenciamiento de elementos probatorios.

También se prevén para determinadas materias juicios especiales, más breves, para cuestiones que podríamos denominar como menores (v.gr. determinación de guarda de menores no sometidos a patronato, fijación de régimen de visitas o cuotas alimentarias y autorizaciones en general, etcétera). El conocimiento y resolución de estos juicios especiales está atribuido al juez de familia, quien lo desarrolla mediante un trámite acotado y actúa como juez de sentencia. Las decisiones de este magistrado son apelables por ante la Cámara de Familia, que en la eventualidad actúa como tribunal de alzada [24].

Por último, constituye otro caso de juicio especial el trámite previsto para las acciones de divorcio contencioso, regulado por el art. 236 C.C., al cual la ley cordobesa categoriza como juicio especial. Se sustancia por ante la Cámara de Familia, la cual tiene competencia originaria y exclusiva y en pleno (arts. 88 de la ley 7676 y 238 C.C.).

Resta referirnos al ordenamiento procesal laboral, que por ser un cuerpo moderno regula también un procedimiento común para los conflictos jurídicos individuales derivados de la relación de contrato de

(22) Palacio, Lino, *Tratado...*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1988, t. I, p. 45
(23) Leyes 7576 y 7676
(24) Bertoldi de Fourcade, María Virginia - Ferreyra de de la Rúa, Angelina, *Régimen procesal del fuero de familia*, Depalma, Bs. As., 1999, p. 176

trabajo y en la acciones emergentes de la ley nacional de accidentes y enfermedades del trabajo, como también para las acciones por cobros de aportes y contribuciones de fondos sindicales (art. 1° de la ley 7987). Este procedimiento de trámite común se resuelve en forma de juicio con trámite de juicio oral público y continuo en instancia única (art. 45 ley 7987).

También la ley del fuero laboral prevé procedimientos especiales: un trámite ejecutivo para el cobro de deudas plasmadas en títulos ejecutivos que provengan de una relación laboral, para el cobro de multas e impuestos por violación de las leyes laborales o para el cobro de costas judiciales (art. 68 de la ley 7987). En segundo lugar, otorga el carácter de tramitación especial al caso del juicio de desalojo cuando se pretenda obtener el lanzamiento del trabajador de la vivienda proporcionada por el patrón como parte integrante de la relación del contrato de trabajo (art. 77 ley 7987).

Por último, a partir del art. 82 de la ley 7987 se prevé la posibilidad de realizar actos de jurisdicción voluntaria en esta sede cuando ello se refiera a asuntos de trabajo y seguridad social.

5. Tendencias actuales en la legislación

En materia procesal civil, procurando superar los defectos de la legislación de características formales, escritas y dispositivas, se proponen nuevas formas procesales para la realización del derecho. El gran movimiento de cambio en este sentido se pone en marcha a partir del dictado del Código Procesal Modelo para Iberoamérica, que es seguido minuciosamente por el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay. En estos ordenamientos se propone un cambio fundamental en el trámite estableciendo el llamado proceso por audiencia. Se trata de la incorporación de la oralidad al proceso civil.

Cabe señalar que en la República Argentina existen numerosos ordenamientos procesales en vigencia y también proyectos de reforma que adoptan similar metodología para la realización jurisdiccional del derecho y que implican una sustitución de la vieja legislación con la imposición de nuevas formas procesales [25].

(25) *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Montevideo 1988, en idéntico sentido *Código General del Proceso de la República Oriental*

El derecho procesal presenta formulaciones con características propias en los diferentes países; sin embargo, se advierten tendencias comunes y problemas similares que es posible señalar.

En la primera perspectiva, el proceso civil transita hacia la oralidad a través del juicio por audiencia.

En el proceso penal, por su parte, tiene presencia la oralidad, al menos en nuestra provincia de vieja data, pero se van produciendo innovaciones o cambios que señalaremos. Estos destinos encuentran sustento en tendencias filosóficas y políticas que apuntan a obtener un proceso con rostro más humano [26]. Como se advierte, se pone énfasis en la dimensión axiológica del proceso a fin de que se entronque y encuentre el punto de inflexión con las garantías constitucionales de indispensable observancia. Es así como tales ideologías se han perfilado en las legislaciones pero con diferentes matices, en ciertos casos con contornos bien definidos, y en otros con la incorporación de algunas de sus instituciones procesales -v.gr. la audiencia preliminar.

A los fines de solucionar los problemas existentes en la realidad judicial actual se procura la detección de los problemas que impiden el efectivo ejercicio de la jurisdicción, los que son variados y complejos, por lo que no es posible reducirlos a una sola formulación. Por lo tanto, estimamos que es posible analizarlos partiendo de un doble enfoque, estático y dinámico.

En el estático nos ocupamos de la estructura judicial en el aspecto funcional, con una clara remisión a sus componentes: recursos humanos y económicos. Integra también este aspecto la asignación de

---

del Uruguay, Ley 15 982, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1990. Para completar sólo mencionaremos dos proyectos que son paradigmáticos, que marcan rumbos seguidos por casi toda la legislación. Ellos son: *Proyecto de Código Procesal Civil, Comercial y Laboral de la Nación*, elaborado por los Dres. Carlos J. Colombo, Julio Cueto Rúa, Raúl Etcheverry y Héctor Umaschi, Ed. Ministerio de Justicia de la Nación, Bs. As., 1995. *Anteproyecto de Reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, elaborado por Roland Arazi, Mario Kaminker, Isidoro Eisner y Augusto Morello, ed. de los autores, Bs. As., 1993.

(26) Morello precisa que «*la década de los años finales de la centuria porfía contra el egoísmo de un sistema capitalista que discrimina y afecta la igualdad real. Se enarbola la idea fuerza del solidarismo social. Hay, asimismo, un nuevo y consolidado sentimiento de la Justicia y de la Libertad (*«*las libertades reales*»*) necesita de acompañamiento de la efectividad del Derecho, palpable no por pocos, sino por todos*». (Morello, Augusto M., *El proceso justo*, L.E.P., Bs. As., 1994, p. 3.

competencias a los distintos tribunales, su reparto y redistribución y la razonabilidad de mantener en el ámbito de la jurisdicción ciertos asuntos.

A ello se añaden los obstáculos que impiden el acceso a la justicia por parte de los justiciables que reconocen diferentes causas, las que podemos identificar como de índole cultural y económica.

En lo dinámico, es posible detectar deficiencias que exhibe el proceso en su realización empírica. Tal sucede con el excesivo formalismo y la falta de inmediación, ya que se trata de procesos desesperadamente escritos. Por otra parte se advierte la existencia de prolongados periodos de inactividad, sindicados por la doctrina como «los tiempos muertos del proceso». Por último, la utilización abusiva de ciertas instituciones del proceso por parte de los operadores jurídicos, encierra una realización desviada de aquéllas (v.gr. incidencias, recusaciones, traslados innecesarios, etcétera).

Explicitado este vasto panorama, abordaremos con un sentido didáctico cada sector, a fin de brindar un breve pantallazo de su problemática.

Los tribunales desempeñan sus funciones generalmente al límite de su capacidad operativa, por diversas razones: excesiva cantidad de causas, escasez de presupuesto para su desenvolvimiento, etcétera. Esta problemática no es nueva, pero actualmente se ve profundizada por la situación socio-económica imperante.

Cabe señalar además que la asignación de competencias materiales justas y adecuadas dentro de los tribunales es condición de idoneidad para su buen funcionamiento. Por ello el esfuerzo de los operadores jurídicos se encamina a depurarlas y en muchos casos se elige el sendero de la especialización. Así se van creando fueros especializados para la materia familiar, para sociedades y concursos, para cuestiones penales económicas, etcétera.

Por otra parte, el problema se presenta en relación al prolongado tiempo de duración de las causas. El desarrollo de un pleito insume naturalmente un tiempo y cuando la solución del conflicto no ocurre tempestivamente o se obtiene en períodos desacompasados o por demás extensos, se quiebra la regla de la efectiva tutela judicial. La realidad actual señala que cuando el justiciable inicia un juicio tendrá que esperar un tiempo prologado hasta lograr una resolución. Es común que al cabo de dos, tres o más años de litigar se dicte recién sentencia, sin contar el tiempo que pueda llevar el tránsito por las instancias recursivas. A ello se añade como un factor disvalioso el congestionamiento que puede

presentar el fuero donde deba tramitarse el asunto y la inercia de los tribunales. La espera es desalentadora para el litigante y la sentencia sobreviene en forma tardía.

Como hemos apuntado, el proceso judicial ha sido concebido como un instrumento técnico destinado a lograr la satisfacción de las pretensiones y así recomponer el orden jurídico alterado, es decir, cumple fines de pacificación. De este modo se procura la justicia del caso y la anhelada seguridad jurídica. Dicho en otras palabras, se aspira a una rápida y eficaz decisión judicial, valor que se sobredimensiona notablemente en el ámbito penal, aunque es igualmente importante en el conjunto de todas las áreas jurídicas. Por consiguiente, la tendencia en los nuevos ordenamientos procesales está dada en lograr el diseño de procedimientos ágiles que resulten expeditivos. En esta inteligencia se procura otorgar una participación activa del juez en el trámite, quien deberá ejercer una efectiva dirección del proceso. Al respecto Gelsi Bidart señala que *«no es exacto que deba optarse entre duración (mayor o menor) y garantía, pues mayor garantía no significa mayor duración dado que la razonable duración es una de las garantías que debe brindar el proceso»*.

Otro fenómeno mensurable y que ha concitado el interés de la doctrina, es el llamado «abuso del proceso». Este es motivado fundamentalmente por un criterio de litigiosidad exacerbado y por la indiscriminada proliferación de incidencias, recursos y de otras actitudes dilatorias que se provocan en el trámite por los litigantes y que frecuentemente son toleradas por los tribunales [27].

Se señalan problemas recurrentes que implican impedimentos para el acceso a la jurisdicción por parte de los justiciables. Estos denominados

(27) Se ha señalado que «... *los abusos del proceso se manifiestan en un ejercicio distorsionado de los poderes de realización. El abuso del proceso es un campo limitado, pero normalmente se manifiesta cuando se pretende la aplicación a outrance de las normas formales, sometiendo al contrincante a angustiosos requerimientos con la finalidad de impedir un equilibrado desarrollo de la litis, o utilizando medidas cautelares con fines extorsivos o propiciando la realización de pruebas cuyo costo la contraria se encuentra imposibilitada económicamente de sufragar, o en el caso del demandado que, al abrigo del sistema de libertad probatoria, ofrece elementos inconducentes u obstaculiza incidentando y recurriendo sin fundamento»* (Arbonés, Mariano, *El abuso de proceso por el tribunal* ponencia presentada en la Primeras Jornadas de Derecho Procesal del Colegio de Abogados de Córdoba, 1995, Alveroni, Cba., 1995

obstáculos al acceso a la jurisdicción pueden ser sintetizados en base o con fundamento en dos criterios: desigualdad cultural y económica [28].

La garantía constitucional de igualdad de las partes ante la ley consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional se ha transformado en una cláusula con vigencia meramente formal. Ello es así porque el justiciable que intenta acceder a la jurisdicción muchas veces se ve impedido por diferentes circunstancias. En primer lugar, ellas pueden distinguirse en diferencias de orden cultural y desigualdades económicas.

La desigualdad cultural está representada fundamentalmente por lo difícil que resulta a ciertos sectores sociales el entender los mandatos de la ley o la forma de organización de la justicia. Además, el justiciable que intenta litigar a veces se ve impedido de hacerlo por encontrarse en una situación de desventaja con respecto a la otra; esto es lo que en doctrina se ha denominado como *«desigualdad que redunda en ventaja para una de las partes y en desventaja para la otra»* [29]. Ello sucede en muchos casos por deficiencias en la instrucción y en el desconocimiento que tiene el hombre común de los mecanismos judiciales que operan como férreas barreras culturales que dificultan el acceso. Resulta evidente que quien se encuentre emplazado en un nivel sociocultural alto o medio, tiene por su educación y experiencia de vida un mejor conocimiento de sus derechos. Ello sin duda, lo ubica en una mejor posición que la del sujeto que nunca contrató, que nunca realizó transacciones comerciales, que nunca donó, o que nunca hizo testamentos.

Otras veces el conflicto se presenta por diferencias de carácter económico. Tal sucede por ejemplo cuando una de las partes tiene una sólida posición económica que le da la oportunidad de elegir una mejor dirección letrada. Además, esta solvencia económica le permitirá sobrellevar el tiempo que dura la sustanciación del juicio. Por otra parte, el trámite de un juicio implica gastos; ello en rigor no debiera constituir un problema; se transforma en un impedimento cuando los costos superan los límites

(28) Cabe señalar un esfuerzo investigativo de trascendencia que está constituido por el célebre informe de Cappelleti- Garth sobre *El acceso a la justicia*, traducido por Samuel Amaral, publicado por el Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, 1983. Por otra parte es trascendente al respecto el trabajo de Roberto Berizonce intitulado *Efectivo acceso a la justicia*, Platense, Bs. As., 1987

(29) Cappelleti-Garth, *El acceso a la justicia*, ob. cit..

presentar el fuero donde deba tramitarse el asunto y la inercia de los tribunales. La espera es desalentadora para el litigante y la sentencia sobreviene en forma tardía.

Como hemos apuntado, el proceso judicial ha sido concebido como un instrumento técnico destinado a lograr la satisfacción de las pretensiones y así recomponer el orden jurídico alterado, es decir, cumple fines de pacificación. De este modo se procura la justicia del caso y la anhelada seguridad jurídica. Dicho en otras palabras, se aspira a una rápida y eficaz decisión judicial, valor que se sobredimensiona notablemente en el ámbito penal, aunque es igualmente importante en el conjunto de todas las áreas jurídicas. Por consiguiente, la tendencia en los nuevos ordenamientos procesales está dada en lograr el diseño de procedimientos ágiles que resulten expeditivos. En esta inteligencia se procura otorgar una participación activa del juez en el trámite, quien deberá ejercer una efectiva dirección del proceso. Al respecto Gelsi Bidart señala que *«no es exacto que deba optarse entre duración (mayor o menor) y garantía, pues mayor garantía no significa mayor duración dado que la razonable duración es una de las garantías que debe brindar el proceso»*.

Otro fenómeno mensurable y que ha concitado el interés de la doctrina, es el llamado «abuso del proceso». Este es motivado fundamentalmente por un criterio de litigiosidad exacerbado y por la indiscriminada proliferación de incidencias, recursos y de otras actitudes dilatorias que se provocan en el trámite por los litigantes y que frecuentemente son toleradas por los tribunales [27].

Se señalan problemas recurrentes que implican impedimentos para el acceso a la jurisdicción por parte de los justiciables. Estos denominados

(27) Se ha señalado que «.. *los abusos del proceso se manifiestan en un ejercicio distorsionado de los poderes de realización. El abuso del proceso es un campo limitado, pero normalmente se manifiesta cuando se pretende la aplicación a outrance de las normas formales, sometiendo al contrincante a angustiosos requerimientos con la finalidad de impedir un equilibrado desarrollo de la litis, o utilizando medidas cautelares con fines extorsivos o propiciando la realización de pruebas cuyo costo la contraria se encuentra imposibilitada económicamente de sufragar, o en el caso del demandado que, al abrigo del sistema de libertad probatoria, ofrece elementos inconducentes u obstaculiza incidentando y recurriendo sin fundamento*» (Arbonés, Mariano, *El abuso de proceso por el tribunal*, ponencia presentada en la Primeras Jornadas de Derecho Procesal del Colegio de Abogados de Córdoba, 1995, Alveroni, Cba., 1995

obstáculos al acceso a la jurisdicción pueden ser sintetizados en base o con fundamento en dos criterios: desigualdad cultural y económica [28].

La garantía constitucional de igualdad de las partes ante la ley consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional se ha transformado en una cláusula con vigencia meramente formal. Ello es así porque el justiciable que intenta acceder a la jurisdicción muchas veces se ve impedido por diferentes circunstancias. En primer lugar, ellas pueden distinguirse en diferencias de orden cultural y desigualdades económicas.

La desigualdad cultural está representada fundamentalmente por lo difícil que resulta a ciertos sectores sociales el entender los mandatos de la ley o la forma de organización de la justicia. Además, el justiciable que intenta litigar a veces se ve impedido de hacerlo por encontrarse en una situación de desventaja con respecto a la otra; esto es lo que en doctrina se ha denominado como *«desigualdad que redunda en ventaja para una de las partes y en desventaja para la otra»* [29]. Ello sucede en muchos casos por deficiencias en la instrucción y en el desconocimiento que tiene el hombre común de los mecanismos judiciales que operan como férreas barreras culturales que dificultan el acceso. Resulta evidente que quien se encuentre emplazado en un nivel sociocultural alto o medio, tiene por su educación y experiencia de vida un mejor conocimiento de sus derechos. Ello sin duda, lo ubica en una mejor posición que la del sujeto que nunca contrató, que nunca realizó transacciones comerciales, que nunca donó, o que nunca hizo testamentos.

Otras veces el conflicto se presenta por diferencias de carácter económico. Tal sucede por ejemplo cuando una de las partes tiene una sólida posición económica que le da la oportunidad de elegir una mejor dirección letrada. Además, esta solvencia económica le permitirá sobrellevar el tiempo que dura la sustanciación del juicio. Por otra parte, el trámite de un juicio implica gastos; ello en rigor no debiera constituir un problema; se transforma en un impedimento cuando los costos superan los límites

(28) Cabe señalar un esfuerzo investigativo de trascendencia que está constituido por el célebre informe de Cappelleti- Garth sobre *El acceso a la justicia*, traducido por Samuel Amaral, publicado por el Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, 1983. Por otra parte es trascendente al respecto el trabajo de Roberto Berizonce intitulado *Efectivo acceso a la justicia*, Platense, Bs. As., 1987.

(29) Cappelleti-Garth, *El acceso a la justicia*, ob. cit

razonables en relación al valor del asunto que se ventila o a la posibilidad de la parte. Tanto en el orden nacional como en el provincial se ha procurado atenuar este sistema con el dictado de diferentes leyes que prevén el beneficio de litigar sin gastos o la asistencia jurídica gratuita.

A estos impedimentos se suman nuevas erogaciones que deben satisfacerse durante el trámite tales como gastos de realización de actas notariales, envíos de telegramas, cartas documentos, diligenciamientos de oficios o de pericias. Litigar, en consecuencia, supone en la mayoría de los casos solvencia económica y ello implica una gran ventaja para quien la ostenta.

Como se advierte, la posición sociocultural y económica propicia situaciones de desigualdad entre las partes que operan como barreras culturales que en muchos casos disuaden al justiciable de efectuar su reclamo.

Al respecto y con el fin de mitigar los problemas señalados se proponen soluciones de diversa índole, algunas estructurales y otras estrictamente procedimentales.

En el primer enfoque se propicia revisar las competencias asignadas a los tribunales para que no todo asunto sea materia de conocimiento de la jurisdicción. Se ha señalado a modo de ejemplo, la posibilidad de establecer que la jurisdicción voluntaria se tramite fuera de la sede judicial a cargo de escribanos notarios u otros funcionarios públicos. La creación de una justicia de menor cuantía, que atienda causas de ciertas características y montos pequeños, ayudará al descongestionamiento [30]. También cobra relevancia la imposición de los «medios alternativos de resolución de conflictos». Bajo esta denominación concurren diferentes mecanismos -conciliación, mediación, arbitraje, negociación- que ofrecen instancias diferenciadas para solucionar consensuada y anticipadamente los diferendos.

Por otro lado, en lo estrictamente procedimental, puede señalarse como significativo la aparición de nuevas tutelas diferenciadas y de carácter urgente que algunas veces están recogidas en los códigos rituales, otras son elaboradas por doctrina y jurisprudencia (procesos monitorios, urgentes, medidas autosatisfactivas, etcétera).

(30) Ferreyra de de la Rúa Angelina, «Derecho procesal organizacional», en Cuaderno N° 6 del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional, Advocatus, Cba., 2001, p. 61.

5.1. Proceso por audiencias

- Los lineamientos para un código procesal moderno se dirigen, en el estado actual de la ciencia, a la implantación de un proceso por audiencias que implica una reforma total. También y ante la imposibilidad de este cambio profundo se proponen cambios parciales con la incorporación de la audiencia preliminar que ha sido aceptada casi sin excepciones en la legislación y proyectos [31].

Cabe señalar que se ha expresado que *«en todo proceso se debaten dos lógicas dialécticamente opuestas; por un lado la eficacia de la realización del proceso y actuación de la ley sustantiva y por otro, las garantías constitucionales de los sujetos sometidos a proceso, tutelas que operan como límite al ejercicio del poder deber de juzgar conferido al Estado»* [32]. Creemos que la concreción de estos dos valores encuentra puntos de realización en el modelo del llamado proceso por audiencia.

En efecto, se procura una transformación del proceso civil que importe un cambio total sustituyendo al trámite formal y escrito de los códigos procesales por uno de carácter mixto. Se le atribuye esta connotación porque, *«por regla general, tiene una fase de proposición escrita y una o dos audiencias orales (prueba y debate) a veces, inclusive la sentencia dictada al final de la última»* [33].

- El proceso por audiencias gira alrededor de dos audiencias fundamentales: la preliminar y la de vista de causa, que son instituciones oralizadas. El eje central inicial está dado por la audiencia preliminar que reúne a todos los sujetos procesales, una vez que las partes hubieren aportados los hechos y el derecho por medio de afirmaciones o invocaciones vertidos en forma escrita. El procedimiento se completa con la audiencia de vista de causa, en la que se lleva a cabo el debate oral de las cuestiones oportunamente introducidas. Se trata de un momento de plena contradicción y con ella se cierra el trámite, restando tan sólo el dictado de la sentencia

(31) Véase la nómina de cuerpos que la incorporan citados en nota N° 41 de este capítulo

(32) Ledesma, Angela Esther. «Medidas de coerción personal en el proceso penal» en «Medidas cautelares» Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, Sta Fe, 1998, p. 345.

(33) Vescovi, E., ob cit., p 59

La adopción de este sistema supone una reforma amplia e integral de los ordenamientos procesales tradicionales, ya que debe adaptarse tanto la infraestructura material como capacitar la humana a fin de que se adecue al tipo legal. Ello es así por cuanto se manifiesta una resistencia en los operadores jurídicos que inicialmente no logran entender las bondades del cambio. Así se ha dicho acertadamente que ciertas instituciones procesales motivan un fenómeno particular: *«insertas en un sistema global que responde a bases diferentes u opuestas, sufren, inicialmente, un rechazo que las conduce casi inexorablemente al ocaso de su inaplicación práctica, y a engrosar los capítulos de la letra muerta que adornan los códigos .»* [34] Es la resistencia misoneísta que generalmente esconde un desconocimiento de las instituciones.

Los proyectos de reforma se afilian a la oralidad y han adoptado sistemas semejantes al del juicio por audiencia [35]. Como se ha dicho configuran en realidad sistemas mixtos ya que no se deja de lado totalmente la escritura, para el cumplimiento de ciertas actividades procesales como: la etapa proposicional y recursiva (demanda, reconvención y sus contestaciones, interposición y fundamentación de los recursos).

El sistema actual de la legislación cordobesa demanda un cambio en el procedimiento para el fuero civil, que puede proponerse en forma total sustituyendo el trámite dispositivo escrito por el de proceso por audiencia con el diseño de dos trámites ordinarios. Uno amplio que gire y se desarrolle en torno a dos audiencias (preliminar y de vista de causa) y otro sumario o abreviado en donde toda la actividad se resume en una única audiencia.

Estamos convencidos de la necesidad de modernizar los sistemas escritos incluyendo rasgos de oralidad y aunque no lleguemos, por ahora, a la instauración de un proceso total por audiencias, pensamos en la alternativa de introducir reformas parciales que impliquen incorporar dentro

(34) Berizonce, Roberto, «La audiencia preliminar: un acto esencial del proceso», L.L. t 1988-E-754 - Sec. Doctrina, ob cit .

(35) El *Código General del Proceso de la* R.O.U. explicita en su exposición de motivos que «la moderna orientación es la de implantar un proceso de tipo oral; concepto que es usado como expresión de una tendencia hacia la consagración de un proceso mixto (escrito y oral), por audiencia, permitiendo, de esa manera, la inmediación, la concentración y la publicidad, entre otros de los principios cuya vigencia efectiva es unánimemente reclamada», Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, R.PO. 1190, p. 17

del procedimiento vigente, instituciones novedosas en el trámite. Se considera que provisoriamente pueden intentarse reformas parciales que impliquen una transición razonable y sean las nuevas instituciones las que a través de su aplicación concreta resulten naturalmente aceptadas.

Con esta idea abordaremos el estudio de la audiencia preliminar y analizaremos los sistemas adjetivos que la receptan, señalando los elementos comunes o característicos del instituto. Asimismo apuntaremos las ventajas y desventajas de cada modalidad, así como la posibilidad de su recepción en nuestra ley ritual mediante una reforma total o parcial.

5.1.1. Audiencia preliminar

5.1.1.1. *Concepto y caracteres*

La audiencia preliminar ha tenido favorable acogida en doctrina y proyectos legislativos; sin embargo, su práctica es poco frecuente ya que, en la mayoría de los casos, los intentos no lograron su aprobación. Por lo tanto su éxito ha sido experimentado limitadamente [36].

— El sentido de la voz «preliminar» pareciera indicar que se trata de una actividad a realizar con anterioridad al proceso o previa a la contestación de la demanda, reconvención o producción de las pruebas. Sin embargo, técnicamente debe incluírsela después de la traba de la litis.

Por su naturaleza, netamente procedimental, se la identifica como instancia de conciliación, como despacho saneador, de fijación de puntos litigiosos, de predeterminación material o de precalificación de la prueba.

Conforme la expresión de Barrios de Angelis, la expansión de la audiencia preliminar es uno de los fenómenos procesales de mayor importancia del siglo [37]. La doctrina más autorizada le ha atribuido al instituto el mérito de ser un acelerador y saneador de los procedimientos. Ella permite la resolución de los litigios con menor dispendio de tiempo. La audiencia se objetiva en los diferentes ordenamientos procesales bajo un denominador común y con algunas particularidades

(36) En América Latina han incorporado la institución de la audiencia preliminar los países de Perú y Uruguay. En nuestro país la contemplan los códigos de Tierra del Fuego y Río Negro y recientemente el Código Procesal de la Nación (ley 24 573- L.A. N° 574 de octubre de 1955)

(37) Barrios De Angelis, Dante, «Audiencia preliminar: sistema y método», L.L. 1988-A-1067

Por ello, en su manifestación positiva encontramos elementos tipificantes que coinciden básicamente. La audiencia preliminar constituye una forma para resolver *in limine* el conflicto planteado, lo cual redunda en la contracción de los tiempos y costos que genera un proceso. A la vez permite sanear el trámite cumplido, superándose las nulidades que se hubieran cometido, salvo que ellas afectaren el orden público.

Su eficacia supone el efectivo ejercicio de los poderes del juez en este acto preliminar para el mejor encausamiento del litigio, mediante la fijación de los puntos de controversia que sirven para mitigar la arbitrariedad en la precalificación de prueba y eventualmente, fijar las pautas para la aplicación de las teorías de las cargas dinámicas de la prueba en lo casos en que ello correspondiera.

La audiencia preliminar es una institución multifacética, pues compendia distintas actividades y se verifica en ella la interacción de diversos principios procesales.

Por lo tanto podemos conceptualizarla *como un instituto mediante el cual se procura conciliar a las partes, determinar lo que será objeto de prueba en relación con los hechos controvertidos y sanear el proceso esto es depurar el contenido de la litis.* Se trata de un instrumento oral, concentrado con inmediación y rasgos inquisitivos [38].

Varios objetivos se manifiestan interactuando en su desarrollo, tales como: economía procesal de trámite y costos, inmediación y saneamiento.

La *economía* se manifiesta en su tradicional concepción de la aplicación de un criterio utilitario en la realización empírica del proceso, con el menor desgaste posible de la actividad jurisdiccional y coso [39]. En efecto, con esta audiencia se evita la alongación de los tiempos en los juicios y se verifica también el de concentración de la actividad procesal ya que se reúnen en ella múltiples actividades.

El objetivo de *saneamiento* también es consagrado en su formulación, pues a través de su vigencia se pretende erradicar, en esta oportunidad, toda la actividad irregular o entorpecedora del trámite. De este modo actúa en la faz preventiva de futuras nulidades y permite eliminar las circunstancias obturantes que acechan la vida del proceso, con el censurable resultado de ocultamiento de la verdad jurídica objetiva

(38) Barrios De Angelis, ob cit

(39) Díaz, Clemente, *Instituciones de derecho procesal*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1969, t. I, p. 243.

La *inmediación* también es ínsita a la audiencia preliminar para que pueda cumplir con sus fines. Se requiere la asistencia personal del juez y la de las partes. El juzgador desempeñará un papel activo, de director, invitando a los contendientes a conciliar, y piloteará el desarrollo del trámite en orden a los fines propuestos. La referida presencia física del juez pasa a constituir el presupuesto legal y necesario para el éxito de la audiencia preliminar. Afirmación que se formula atendiendo al fracaso de anteriores buenas intenciones de la materia como ser el desuso en que cayó el art. 125 bis y su antecedente tanto o más grave como fue la *debacle* del art. 23 de la ley 14.237 [40]. En efecto, los intentos realizados en las últimos tiempos fracasaron ya que la audiencia preliminar no se realizaba en presencia del juez.

La audiencia preliminar es una institución oralizada en la que debe asegurarse la vigencia efectiva del principio de inmediación, o *sea la relación directa entre las partes y juez, bajo la regla de autoridad para el saneamiento y la de la concentración de las diversas actividades procesales en ese acto.*

5.1.1.2. *Objeto y función*

La audiencia preliminar debe perseguir objetivos claros y perfectamente delimitados.

Para un eficiente desarrollo de esta institución consideramos que sus fines deben limitarse a las siguientes funciones: actividad de conciliación, determinación del objeto litigioso (o puntos de controversia) y en relación a ello fijación de la prueba, y saneamiento. Cabe señalar, sin embargo, que los códigos que regulan la audiencia preliminar no siempre lo hacen con los mismos contenidos y similares fines [41].

La primera función señalada -conciliación- es una institución antigua, que se encuentra incluida con distintos alcances en los cuerpos formales. Ha sido prevista en casi todos los ordenamientos procesales desde

(40) Fenochietto, Carlos Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación - Concordado y anotado con los Códigos Provinciales*, Astrea, Bs As., 2001, t II, p. 461.

(41) Los códigos y anteproyectos de reforma contemplan la audiencia preliminar con diferentes objetivos. Así por ejemplo, en el Código de Clariá Olmedo está prevista en el art. 390, en el Código Iberoamericano en los arts 263, 265, el C.P.C.U la regula en el art. 340, el Código del Perú la establece en el art. 468, en el Código de Morello está comprendida en el art. 363; el Proyecto Colombo la prevé en el art. 358, el Código del Proceso la regula en el art. 378, el Código de Tierra del Fuego se refiere a ella en el art. 369. Por su parte, el C PN la incluyó en el trámite por el art. 360.

antiguo, pero no es frecuentemente utilizada por los tribunales, por lo que no se cumplen los fines que el legislador se propuso [42]. Los códigos procesales la prevén, y aún en su formulación actual es apta para pacificar los conflictos y superar las diferencias (art. 58 C.P.C.C., art. 36 inc. a C.P.N., art. 40 de la ley 7676, art. 50 de la ley 7987 y excepcionalmente en el ámbito del derecho penal, se la contempla en el art. 432 C.P.P.).

La conciliación es la primera actividad que debe cumplir el juez en la audiencia preliminar, sin perjuicio del deber que tiene el magistrado de intentarla tantas veces como lo estime necesario a lo largo del proceso. La conciliación se nos presenta como una manifestación del poder-deber del juez de procurarla, en cualquier etapa o momento del trámite. En la realidad implica la actividad del tribunal, dirigida a lograr la autocomposición del litigio y en orden a su consecución es que deben reunirse todos los sujetos procesales para lograr un avenimiento que puede resultar total o parcial. Con la conciliación se pretende la eliminación del conflicto o el reajuste de las pretensiones. Si se acuerda en algún aspecto del objeto litigioso, se limitarán los términos de la litis y la contienda se reducirá sensiblemente. Producida la conciliación parcial, el acuerdo se homologa y el trámite continúa respecto de los puntos en los que no hubo avenimiento.

El acuerdo parcial que se logre funcionará como una regla de acercamiento entre las partes para zanjar los conflictos y puede operar tanto respecto del procedimiento como de la pretensión de derecho sustancial. Al efecto se utilizan distintas técnicas en procura de que sean las partes quienes elijan el camino de solución, lo que da una mayor garantía de eficacia a la institución.

El acuerdo es posible con fuerza vinculante sólo cuando los asuntos se refieren a derechos disponibles.

La conciliación puede abarcar la pretensión principal y las accesorias o conexas. En algunos casos las técnicas de conciliación implican el señalamiento para las partes de la posibilidad de utilizar caminos procesales

(42) La ley de procedimiento de Fuero de Familia prevé la audiencia de conciliación en el art. 40, que fue sumamente utilizada y con la cual se obtuvieron buenos resultados. En 1992 sobre 5.682 causas contenciosas iniciadas se lograron 2 652 conciliaciones; como se ve el número es apreciable aunque cabe aclarar que no siempre se trata de conciliaciones totales sino acuerdos parciales (conf *Estadística Anual del T.S.J. del Fuero de Familia* de 1992).

menos traumáticos. Es de destacar el rol clarificador que cumple el juez en la conciliación, donde realiza también una función docente orientando y aconsejando a las partes o indicando cuáles son sus derechos y obligaciones; para esta tarea se requiere un estudio previo por parte del juez y conocimiento acabado de las pretensiones deducidas.

La conciliación de carácter intraprocesal se diferencia de otras, que se llevan a cabo ante distintos funcionarios tales como asesores, consejeros, mediadores, jueces de paz, etcétera. Así puede ser prevista como etapa previa obligatoria [43], como una etapa prejurisdiccional ya sea obligatoria u optativa según los casos [44] como una instancia prejudicial obligatoria [45] o como una atribución que puede ejercer el juez en las diferentes audiencias [46]

La conciliación como etapa preprocesal se limita en el tiempo fijándose plazos máximos para su realización.

Sin perjuicio del establecimiento de la conciliación como etapa preprocesal o como un trámite de la audiencia preliminar es conveniente que el juez esté imbuido y convencido de sus ventajas, lo que se traducirá en una actitud de operador de la conciliación, fijando audiencias al efecto tantas veces como lo estime conveniente durante el trámite del proceso.

En este punto consideramos que la conciliación debe estar incluida en los códigos procesales como primera función de la audiencia preliminar, que será cumplida en forma reservada por el juez de la causa. Descartamos, por lo tanto, la conciliación como etapa prejurisdiccional.

Propiciamos que la conciliación, además de preverse como primer objetivo de la audiencia preliminar, debe operar como un principio tendiente

(43) Este supuesto lo contempla el Proyecto Morello y Kaminker, que prevé que la parte actora deberá solicitar una audiencia con la parte demandada para intentar la conciliación indicando en el escrito los hechos que abarcará (art 310 del Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Morello)

(44) La ley 7676 del Fuero de Familia de Córdoba contempla la posibilidad de que el Tribunal fije una audiencia de conciliación en los términos del art. 26

(45) La reciente ley 24.573 que instaura la mediación en el orden nacional y modifica el Código de Procedimiento de la Nación, en sus arts. 1° y 30 párr. 2° impone la obligatoriedad de la etapa de mediación, la que debe llevarse a cabo antes de la presentación de la demanda

(46) La ley 22 434 introdujo el art. 125 bis, que le confiere al juez el ejercicio de poderes de conciliación, de saneamiento y de conducción de proceso

a lograr el avenimiento como función permanente que debe realizar el juez durante todo el procedimiento. Sin embargo, nada impediría que el intento de avenimiento lo formulara el juez en otro momento de la audiencia si así lo estima conveniente [47].

Algunos discrepan sobre la conveniencia de que sea el mismo juez que recibe la audiencia preliminar y que actúa como conciliador el que posteriormente deba dictar sentencia, por la eventualidad o peligro de incurrir en anticipo de opinión, o porque pueda verse influenciado por lo acontecido en la audiencia. Por ello es que en algunos sistemas como en el mexicano la audiencia preliminar es recepcionada por un conciliador que integra el plantel del mismo tribunal [48] y en otros la etapa introductoria se lleva a cabo ante un órgano jurisdiccional diferente del colegiado [49].

No encontramos objeciones a ninguno de los dos sistemas, por lo que nos parecería posible admitir cualquiera de ellos siempre y cuando se asegure el carácter reservado de esta función y por tanto no se deje constancia de todo lo ocurrido en el acta [50].

La segunda actividad que se asigna a la audiencia preliminar es la de sanear los defectos que pudieran advertirse en el procedimiento. De esta forma se salva la vida del proceso, al eliminar las circunstancias que lo debilitan (nulidades) o simples defectos promocionales, v. gr. excepciones previas. El saneamiento se manifiesta con la expurgación de los vicios que puede contener la litis a través del dictado de resoluciones interlocutorias durante el curso de la audiencia [51]. También comprende la

---

(47) Véase Código del Proceso del Dr. Zinny y otros, art. 380, en donde se fijan 4 funciones a realizar en la audiencia preliminar, siendo lo último: «... intentar el avenimiento total y parcial de las partes»

(48) Bermejo, Patricia, «Audiencia preliminar en el proceso civil», ob. cit., p. 262

(49) El proyecto del Código del Proceso del Dr Zinny prevé la figura del juez instructor que posee facultades conciliadores y el juez del proceso (oficio colegiado) que es el tribunal de juicio La ley de procedimiento para el Fuero de Familia 7676, contempla la conciliación como una etapa prejurisdiccional, obligatoria, que se lleva a cabo por ante el asesor de Familia y también se invita a la conciliación durante el desarrollo de la audiencia de vista de causa

(50) El doctor Arbonés señala que en el proyecto laboral nacional y de la Provincia de Bs As , se denomina «juez del trámite», pero opina que es mejor el sistema de Córdoba (ley 7987) ya que en este trámite el juez de Conciliación actúa con mayor libertad Apunta acertadamente que no hay que confundir «transacción» con «conciliación» ya que la conciliación exige «participación activa» del juez, lo que es incompatible con el integrante del tribunal colegiado de sentencia

(51) Código de Clariá Olmedo, art 385, el Código Iberoamericano art 301 inc. 5, el C R O U la regula en el art 340 5 estableciendo que el Tribunal dictará las interlocutorias que

actuación del juez en orden a la clarificación de las peticiones de las partes y en el relevamiento de los presupuestos procesales (legitimación de las partes, competencia del órgano, causa legal).

La *tercera finalidad* de la audiencia preliminar es fijar el objeto o puntos litigiosos y posteriormente delimitar el objeto de prueba [52]. Así el juez deberá determinar los hechos que considere conducentes a la solución de la controversia y excluir los inconducentes, inadmisibles, superfluos o innecesarios, aunque con el debido consenso de los justiciables, pues de otra manera podría adelantar opinión.

En el primer aspecto implica una operación de depuración y simplificación que efectúa el tribunal y que tiende a la fijación de las cuestiones fácticas, para lo cual deberá dialogar con las partes y acordar con ellas los hechos que se pretenden probar. Además el órgano jurisdiccional debe poner especial cuidado en evitar que los contendientes incurran en reiteración de las alegaciones o reabran la discusión. La fijación de los hechos resulta así de la concertación efectuada por las partes, con la intervención del juez, cuidando de no alterar en substancia, los planteamientos iniciales contenidos en demanda y contestación.

Pero si este acuerdo no se logra, es el juez quien deberá fijar los hechos controvertidos que serán objeto de la prueba. Esto significa, en síntesis, determinación de los puntos litigiosos sobre los cuales los sujetos de la litis tendrán la carga o la necesidad de producir prueba. En esta tarea el juez precisará los puntos y además realizará un descarte de los hechos que no resulten relevantes. Importa la fijación de la plataforma fáctica que se logra por la eliminación de lo rechazado, esto es *«por sedimento y filtración de lo que debe quedar en el proceso»* [53].

---

resuelven sobre las excepciones procesales propuestas, nulidades ... y la formulación de sus fundamentos podrá diferirse hasta otra audiencia que habrá de llevarse a cabo en plazo no mayor de diez días; El Código de Perú la establece en el art. 466; en el Código de Morello el art 365 prevé que «... 2) promincoar sentencia interlocutoria con el fin de sanear el proceso y resolver la petición de parte o de oficio, todas las cuestiones que obstaren a la decisión de mérito»; el Proyecto Colombo prevé en el art. 359 inc 5) la potestad saneadora, el Código del Proceso la regula en el art 378; el Código de Tierra del Fuego se refiere a ella en el art 369.

(52) Vescovi, Enrique, «Un modelo de reforma del servicio de justicia en Latinoamérica: el nuevo sistema judicial en el Uruguay», J.A. 1990-IV, ps 714 a 735

(53) Berizonce, Roberto, «La audiencia preliminar: un acto esencial del proceso», L L. 1998. Sección Doctrina, p. 754 y ss

Si hubiere acuerdo sobre las circunstancias fácticas, es decir, si no existieren hechos controvertidos, podrá el juez decidir de oficio o a petición de parte que la cuestión es de puro derecho.

La eficiencia de esta función está condicionada por ciertas circunstancias: así es necesario el conocimiento profundo que deba tener el órgano jurisdiccional de la cuestión debatida, de la situación e intereses que tengan las partes, y del derecho aplicable al asunto que se presenta. Esos elementos determinarán la operatividad del juez en orden al éxito de esta función.

Algunos sistemas incluyen dentro de los fines de la audiencia preliminar el de la selección y ordenamiento de las pruebas, referidas a los hechos que resultaron fijados como controvertidos [54]. Delimitados los aspectos del objeto litigioso, las partes deberán ofrecer toda la prueba y el juez en el mismo acto tendrá que pronunciarse sobre los medios y elementos ofrecidos, rechazando los que fueran inadmisibles, innecesarios o inconducentes y fijará un plazo para su producción. El juez de oficio podrá también ordenar alguna prueba que resulte indispensable para el esclarecimiento de la litis.

La iniciativa probatoria oficiosa no desnaturaliza el principio dispositivo sino que coexiste con él y tiende a facilitar el logro de los fines del proceso sin limitarse a los designios interesados de las partes [55]. Complementariamente si advirtiere el juzgador que existen especiales exigencias probatorias para alguna de las partes deberá así señalarlo. Ello implica que en esta oportunidad podrá imponer el esfuerzo probatorio a quien se encuentre en mejores condiciones para acreditar ciertos hechos, dadas las circunstancias de su producción o por razones de la habitualidad, especialización u otras condiciones aun cuando no haya sido quien los afirmó [56]. De esta forma se le acuerda un espacio adecuado y garantista a

(54) Véase el art. 390 inc. 3 del Código de Clariá Olmedo; en idéntico sentido el art. 370.5 del Código de Tierra del Fuego; el C.R.O.U. también prevé en la audiencia preliminar el establecimiento del objeto del proceso y de la prueba y ordenar el diligenciamiento de ella conforme lo preceptuado por el art. 341 6). Por su parte, el Código del Proceso del Dr. Zinny la contempla en el art. 380 inc. 3), el anteproyecto Morello la recepta en el art. 368 incs. 3 y 5.

(55) Véase Gozaíni, Osvaldo, *Derecho procesal civil*, t. I, p. 310

(56) En este sentido véase el art. 367 del Anteproyecto de ref. del C.P.N. de Morello y otros, 1993, el art. 217 del Anteproyecto del Código del Proceso de Córdoba, 1994; el art. 139 del Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay.

la doctrina de las «cargas probatorias dinámicas» y que se asienta fundamentalmente en la visión solidarista de la carga de la prueba [57].

Se advierte que aunque en las leyes y proyectos existe coincidencia en lo que se refiere a estos tres fines de la audiencia preliminar, se verifican en algunos casos otras modalidades procedimientales.

En algún proyecto se prevé que al finalizar la audiencia, las partes pueden elegir el tipo de procedimiento (oral o escrito) siempre y cuando la cuestión no deba dilucidarse, ineludiblemente por el juicio oral de única instancia [58]. En este sentido, la oralidad se impone para los asuntos de familia (matrimoniales, de filiación y de adopción, etcétera) y en los de responsabilidad surgidos de actos ilícitos, contratos, cuasicontratos o directamente de la ley [59].

Otros proyectos establecen que en la audiencia preliminar, además, deberá fijarse la fecha de vista de causa, en la que se recibirán las pruebas oralizadas [60]. También en esta oportunidad el tribunal podrá ordenar que se formulen las alegaciones en dicho acto o conceder un plazo para ello [61].

Como se advierte, las particularidades señaladas en lo tocante a contenidos adicionales de la audiencia preliminar comprenden aspectos procedimentales y de trámite. Cabe señalar que si en ella se acumula demasiada actividad procesal esta instancia se transformará en un instrumento excesivamente complejo y así se podrá frustrar su sentido.

Para que este instituto pueda cumplir con los fines propuestos, se hace indispensable asegurar el principio de inmediación que impone la presencia del juez y de las partes en el acto. El juez debe dirigirla personalmente bajo pena de nulidad. No le es permitido, por lo tanto, ninguna delegación en otro funcionario secretario o auxiliar. Para asegurar este objetivo es menester asignarle al juez una cantidad razonable de

(57) Véase el trabajo de Peyrano, Jorge y Chiappini, Julio O., «Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas», E.D. 107, p. 1005, y en sentido similar Morello, Augusto Mario, «En torno a la prueba», L.L. 1990-E-1071.

(58) Es el caso del proyecto de Clariá Olmedo, el que en su art. 390 inc. 5) establece que en la audiencia preliminar además se deberá «... determinar el tipo de procedimiento que corresponderá para la continuación del proceso»

(59) Véase Proyecto de Clariá Olmedo, Exposición de motivos, p. 35

(60) Conforme art. 365 inc. 6) Código de Morello, cit., y art. 371 11 Código de T. de Fuego.

(61) Código de T. del Fuego, arts. 371 12 y 372 6

causas que hagan posible el cumplimiento de tal cometido [62]. Debe asegurarse la inmediación pero también debe garantizarse que sea realizada en el tiempo oportuno, de otro modo su finalidad se vería burlada.

La regla de la personalidad complementaria de la de inmediación implica que en este acto tanto actor y demandado deben concurrir personalmente y no pueden ser reemplazados por mandatarios salvo que se trate de personas jurídicas. Ello debe exigirse con mayor razón cuando se trata de conflictos de carácter personalísimo, en donde la participación por apoderado frustraría los fines de conciliación (por ejemplo en asuntos de familia: divorcio, adopción, filiación, etcétera). También deberá requerirse la presencia de las partes en las acciones resarcitorias derivadas de accidentes de tránsito. En esta hipótesis no será la ley la que lo imponga, sino que su determinación quedará librada al criterio del juez.

Por último, cabe señalar que esta regla puede ser flexibilizada en algunas circunstancias. En este sentido servirá como pauta indicativa de la excepción, la calidad que ostente alguna de las partes o la descripción de la relación fáctica efectuada en los escritos introductorios. Así, por ejemplo, si se trata de juicios seriados por cobro de pesos iniciados por una institución contra varios demandados o si se persiguiera el cobro de cánones derivados de servicios públicos comunitarios podrá admitirse la intervención por apoderados revestidos de calidades especiales.

Por ello, en algunos casos, será la ley la que indique las hipótesis en las que se exige la asistencia personal de las partes y en otros quedará librado al criterio del Tribunal, el que determinará si la comparecencia personal de ellas es indispensable o no, conforme las circunstancias del caso.

La asistencia de las partes a la audiencia debe ser garantizada con la intensificación de las cargas procesales. Así por ejemplo, si el actor no comparece, se lo podrá tener por desistido de la instancia a solicitud de

(62) Ello podrá requerir un aumento del número de los jueces o, en su caso, limitación del uso de la audiencia preliminar a ciertas causas a modo de experiencia piloto, para que posteriormente se haga extensivo a las demás. Porque el recargo de las tareas puede implicar la desvirtualización del sistema por delegación o el retraso en su designación conduciendo la propuesta al fracaso, como ocurrió en el caso de la implantación de la ley 4163 para el fuero laboral en Córdoba. Es ilustrativa la experiencia que en el ámbito de la Capital Federal significó la ley 14 237 de 1953, en la que el sistema fracasó porque el juez no estaba presente en las audiencias

la contraria, pero podrá intentar nuevamente la acción en tanto no haya prescripto su derecho. En cambio, si la incomparecencia es del demandado su ausencia podrá configurar una presunción contraria a sus intereses [63].

Es que esta renuencia importa falta de colaboración y esta circunstancia podrá ser valorada por el juez como un indicio contrario a la parte, que será meritado en el conjunto de elementos probatorios.



5.1.2. Etapa de las postulaciones

Aunque cronológicamente en el desarrollo del procedimiento la etapa de postulaciones se verifica con anterioridad a la de prueba, en virtud de razones metodológicas en este trabajo es tratada después de la audiencia preliminar.

Se propone un proceso por audiencia que implica una organización de carácter mixto, con instancias oralizadas, de corte dispositivo pero

(63) Así por ejemplo el Código Iberoamericano en el art. 266 prevé que la incomparecencia genera una presunción simple en contra de su interés en el proceso posterior; el C.R.O.U. la regula en los arts. 340.2 y 340.3 se prevé que si fuere el actor el que no asiste se lo tendrá por desistido de su pretensión, y si el inasistente fuere el demandado, el tribunal dictará sentencia de inmediato y tendrá por ciertos los hechos afirmados por el actor; en el Código de Morello la incomparecencia es regulada en el art. 363, al establecer «... la parte que injustificadamente no compareciere: 1) no podrá plantear en lo sucesivo cuestión alguna respecto de las resoluciones que se pronuncien en el curso de la audiencia 2) se le tendrán por reconocidos los hechos aseverados por la contraparte, si los hubiere, salvo prueba en contrario» el Proyecto Colombo prescribe en su art. 358 que «la parte que injustificadamente no concurriere, habiendo concurrido la otra u otras partes: 1) No podrá plantear en lo sucesivo cuestión alguna respecto de las resoluciones que se pronuncien en el curso de la audiencia 2) si las circunstancias de la causa así lo aconsejaren y el Tribunal no considerara necesario producir prueba de oficio, se pronunciará sentencia y se fijará la fecha en que las partes deberán comparecer a notificarse de ella. »; el Código del Proceso la regula en el art. 378 al determinar que «... si el actor no asiste o no justifica debidamente su imposibilidad de hacerlo con una antelación no menor de cinco días, se le tendrá por desistido, salvo fuerza mayor o caso fortuito debidamente acreditado a criterio del juez de trámite. En la misma situación, si no lo hiciere el demandado, se le tendrá por desistido de la contestación de la demanda y el Tribunal, al dictar sentencia tendrá por ciertos los hechos afirmados de la demanda en todo lo que no se haya probado lo contrario»; el Código de T. del Fuego se refiere a ella en el art. 369.4 estableciendo que» la parte que injustificadamente no compareciere no podrá plantear en lo sucesivo cuestión ni recurso alguno respecto de las resoluciones que se pronuncien en el curso de la audiencia. Asimismo se le darán por reconocidos los hechos afirmados en la demanda o contestación por la contraparte que asista, salvo prueba en contrario o que se trate de cuestiones que afecten el orden público»

con un rol activo del juez que se traduce, por una parte, en el impulso procesal de oficio para ciertos tramos del procedimiento, y por la otra, en la injerencia que se le otorga en la admisión y producción de la prueba.

El juicio comienza con la articulación de la demanda, que constituye el primer acto de postulación mediante el cual se efectúa la reclamación [64]. Al impulso inicial, en consecuencia, lo ejercita el actor y la litis se traba a través de escritos que contienen las pretensiones deducidas por las partes (demanda, reconvención, oposición de excepciones y sus contestaciones). Tradicionalmente se le asigna a la contestación el efecto de integrar la plataforma fáctica y de delimitar el ámbito material de pronunciamiento. Sin embargo, en el tipo propuesto, los hechos que resulten allí fijados, lo son provisionalmente ya que deberá estarse al resultado de lo que pueda acontecer en la audiencia preliminar por efecto de la funciones que comprende.

Rige como regla general en el trámite el principio dispositivo, en lo que se refiere al impulso de parte, sin perjuicio del impulso procesal de oficio que pueda imponerse para ciertas instancias procesales.

Si se formulan defensas u oposiciones ellas serán examinadas y admitidas por el juez; la instancia de notificación y de traslado para continuar el trámite deberá ser realizada por el tribunal. A partir de esta oportunidad se impone, entonces, el impulso de oficio y se deberá cumplir toda la actividad necesaria hasta la designación de la audiencia preliminar. El tribunal oficiosamente deberá efectuar la notificación de los traslados, sin que medie solicitud de parte, con el fin de agilizar el juicio y evitar los tiempos muertos del proceso.

A estos fines es menester la actuación de un juez protagonista que opere admitiendo o rechazando y ordenando subsanaciones. Se verificará así la concreción en orden al aumento de los poderes del juez, que serán ejercidos no sólo en la audiencia preliminar sino durante toda la etapa de las postulaciones [65].

(64) El término *postulación* deriva del latín «*postulatio-onis*», que significa reclamación, queja (conf. *postularius*, que reclama un sacrificio). En el lenguaje procesal, la referida postulación debe entenderse como reclamar con derecho a una respuesta concreta, respuesta que compete al Estado a través de sus órganos (Conf. Arbonés Mariano, Apuntes del Curso de post grado de Profundización de Derecho Procesal realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C., Cba., 1995.

(65) Berizonce, ob. cit., p. 756.

Los actos introductorios se realizan por escrito, pero el acto principal del proceso (audiencia preliminar) deberá ser oral y actuado, labrándose acta sucinta de lo acontecido. Dicha acta deberá protocolizarse.

La demanda y reconvención y sus contestaciones deben presentarse por escrito con los requisitos comunes para este tipo de actuaciones. A su vez, ellos deben ir acompañados de la prueba documental de que hayan de valerse las partes o en su caso la indicación del lugar o archivo en que éstas se encuentren. En dichos escritos también se deberán ***mencionar*** todos los medios probatorios que hayan de utilizarse. Rige para los dos momentos la regla de la eventualidad de las afirmaciones debiendo, en consecuencia, el actor articular conjuntamente todas sus pretensiones y el demandado plantear todas las defensas u oposiciones de que haya de valerse.

La ley impondrá expresamente que en los escritos de responde las partes tienen la carga de pronunciarse sobre la veracidad o no de los hechos invocados y sobre la autenticidad de los documentos acompañados. En este punto hay que señalar que la negativa genérica no es suficiente para tener por contestada la demanda; debe tratarse de una negativa específica sobre los hechos relevantes de la acción deducida. Además, el demandado tiene la carga procesal de contestar dando su versión sobre la forma en que ellos ocurrieron y que servirá en consecuencia de fundamento de la negativa.

La incomparecencia del actor a la audiencia preliminar implicará el desistimiento de la instancia; la incomparecencia del demandado sólo importará su ausencia y el incumplimiento de la carga procesal. Se elimina la declaración formal de rebeldía que se manifiesta como un trámite burocrático y la contumacia sólo importará que el proceso continúe sin la exigencia de notificaciones expresas al domicilio, salvo para los actos de carácter personalísimo (confesional o reconocimiento de firma) o cuando el tribunal lo estime procedente. La incontestación de la demanda generará entonces una presunción contraria al demandado, como habitualmente lo establecen los códigos formales. Sin embargo, esta actitud importa además una conducta procesal renuente al deber de cooperación, que podrá ser valorada como un elemento más de convicción por el juez al momento de sentenciar.

Las facultades oficiosas del tribunal en orden a la depuración del proceso comprenden, como dijimos, la de admitir e inadmitir la demanda, señalar sus defectos cuando puedan ser subsanados y rechazarla de plano si es

manifiestamente improponible. También podrá imprimirle el trámite que corresponda, independientemente del que peticionaren las partes [66].

Como se advierte, el juez debe dejar de ser un pasivo espectador para transformarse en un activo protagonista y por ende, director, interesado en la solución del conflicto. Así, en uso de tales facultades podrá concretar lo dicho precedentemente.

5.1.3. Audiencia de vista de causa. Concepto y fundamentos

La audiencia de vista de causa es de suma importancia para el desarrollo del proceso por audiencias pues *constituye el acto culminatorio del sistema*. Participan en ella todos los sujetos procesales, los cuales actúan de acuerdo a las reglas de trámite fijadas por la ley. También debe garantizarse la vigencia de las reglas de concentración procesal e inmediación.

La vista de causa permite la mayor concentración de la actividad probatoria, y en ella se incorporan definitivamente todos los medios de prueba y se recepcionará la prueba oralizada. De esta forma se impide la dispersión de actividades, lo cual redunda en economía procesal

Los caracteres de la audiencia de vista de causa, en líneas generales, pueden sintetizarse en los siguientes: a) publicidad (oralidad), b) continuidad, c) inmediación y d) concentración.

a) Publicidad: El primero que analizaremos y que predomina en su desarrollo es el de publicidad, que se garantiza por normas que sancionan su inobservancia mediante conminaciones de nulidad. Este principio es receptado bajo la regla de publicidad interna que comprende la convocatoria a la realización de la audiencia tanto a las partes como a los terceros que intervengan en el proceso, y a los órganos de la prueba.

Esto constituye, como los demás caracteres, una consecuencia de la oralidad, que tiene especial preponderancia en esta etapa procesal, pues aun algunas actuaciones que se han cumplido en forma escrita deben ser incorporadas al debate por su lectura Es de advertir que solamente deben ser recibidas en forma oral aquellas que fueren relevantes para la decisión y que se refieran, específicamente, a lo que ha sido fijado en la audiencia preliminar en relación al objeto del proceso y de la prueba. Pero es de

(66) Olcese, Juan Manuel, «El proceso civil por audiencia en el Anteproyecto del C PC de la Nación de los Dres Morello, Arazi, Kaminker, y Eisner», Sem. Jur N° 965, 31/12/93

señalar que la oralidad tiene mayor significación en las declaraciones de las partes, testigos y aclaratorias de los peritos y, por supuesto, en la recepción de las alegaciones finales. Ella permite obtener un diálogo vivaz del tribunal con los intervinientes, que favorece el descubrimiento de la verdad jurídico-objetiva. Por ello se ha dicho que el mecanismo más apto para la reproducción lógica de los hechos está dado por la oralidad; es el método más eficaz para descubrir la verdad de ellos y el más idóneo para que el juez forme un recto y maduro convencimiento; el más capaz de excluir la arbitrariedad judicial y dar a las partes oportunidad para defender sus intereses; el que permite el control público de los actos judiciales, que es la fuente de rectitud, de ilustración y garantía de justicia; el que mejor responde a las exigencias constitucionales [67].

La continuidad: Es otra consecuencia necesaria de la oralidad de la vista de causa y asegura la identidad física del juzgador y la vigencia de los corolarios de inmediación y concentración. *El inicio y finalización de esta audiencia debe realizarse en un solo acto; pero si ello no fuera posible deberá proseguirse en tantos días sucesivos como fueren necesarios, hasta concluir toda la actividad que deba cumplirse en ella. Esta regla de continuidad se atempera, al permitirse la suspensión de la audiencia por un tiempo limitado y conforme las pautas dadas por la ley para no desvirtuar la concentración.* A ello debe decidirlo el tribunal, fundadamente, o también puede realizarse por acuerdo de las partes en casos excepcionales. Por ejemplo, si actor o demandado se propusieran iniciar tratativas de conciliación.

La relevancia de la audiencia de vista de causa es que en ella se reciben en forma oral las pruebas confesional y testimonial en forma desformalizada abandonando arcaísmos ferularios para preguntar a los testigos y a las partes. Deben utilizarse a tal efecto interrogatorios no formales, libres, directos y coloquiales realizados tanto por el juez como por las partes. Esto significa que no se utilizaran pliegos u otros elementos formales requeridos por legislaciones adjetivas. Ello permitirá al órgano de prueba declarar espontáneamente sin ataduras ritualistas. Se utilizará entonces la técnica del interrogatorio libre, que facilita la recepción y la valoración de lo declarado y ambas podrán efectuarse en forma integral. Esta

(67) Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, ed. actualizada por los Dres Manuel Ayán y José I. Cafferata Nores, Marcos Lerner, Cba., 1982, p. 420.

modalidad de declaración incide tanto en su contenido como en la apreciación que formulen las partes y del juez sobre lo declarado. De esta forma podrán comprobarse las condiciones físicas, morales y síquicas del declarante; también podrá relevarse la forma en que éste se expide y si lo dicho resulta equívoco o reticente. El apartamiento de fórmulas tradicionales y su reemplazo con esta modalidad implica una ventaja propia del sistema oral ya que las declaraciones de partes y testigos en el procedimiento escrito se reflejan en las actas impidiendo una apreciación subjetiva insustituible e imprescindiblemente complementaria. Es que en el procedimiento escrito desaparece la verdadera testimonial, que se convierte en una especie de documental puesto que el juez no valora el testimonio ni aprecia a la persona que lo presta sino que lee un acta que pretende contener sus manifestaciones. Estas actas sólo encierran una defectuosa y parcial realidad de los testimonios. En algunos casos no contienen el verdadero relato del testigo y otras veces resultan construcciones artificiales del sumariante. La evaluación de una declaración exige tener en cuenta, como es sabido, no sólo su contenido, sino también las impresiones causadas por el sujeto que declara y la forma en que lo hace. Es posible en el trámite oral valorar por ejemplo el tono de voz, el aspecto de la persona, la forma en que se expresa, la espontaneidad o vacilaciones de sus respuestas, factores que sólo pueden apreciarse con la relación directa.

6. Otras instituciones actuales

Aunque el proceso por audiencia es el fenómeno más importante del derecho procesal actual y por ello nos hemos detenido en su estudio exhaustivo, cabe señalar que múltiples instituciones del proceso están siendo objeto de revisión y de nuevas propuestas. Así por ejemplo se propone la reformulación de los procesos de conocimiento procurando un trámite más sencillo a fin de que resulte expeditivo y rápido. Lo mismo sucede respecto del juicio ejecutivo, el que al decir de Morello sólo tiene de tal el nombre ya que su trámite es engorroso y no cumple con su función de celeridad.

Por ello al lado del juicio ejecutivo tradicional se propone el llamado proceso monitorio, que existe desde hace tiempo en el derecho europeo Es presupuesto de este tipo de trámite un título dotado de fuerza ejecutiva, aunque lo importante en su sustanciación es que no se concede la oportunidad para formular oposiciones; esto significa que planteada la

pretensión el juez dicta directamente la sentencia, previa verificación oficiosa de los requisitos formales. El contradictorio se difiere a una etapa posterior. Este procedimiento ha sido incorporado recientemente en el Código Procesal de la Nación, para ciertas causas en las que se persigue el desalojo.

También debe señalarse que se propicia modernamente la protección de los intereses difusos proponiéndose al efecto acciones de clases en defensas de intereses colectivos. Estos temas han adquirido una nueva dimensión a partir de la ultima reforma constitucional, ya que son recogidos en su texto (art. 43 C.N.). La categoría de intereses difusos importa una nueva forma de legitimación que se aparta de las reglas tradicionales. Así se propone la admisión de legitimaciones colectivas que se corresponden con ciertos sectores sociales que representan un mismo grupo de intereses y que adolecen o sufren de una misma problemática; generalmente se les atribuye la representación para accionar en defensa de tales intereses al Defensor del Pueblo, Ministerio Público, etcétera. Esta protección se concede en casos relacionados con derechos ambientales, problemas relativos a la defensa del consumidor, etcétera.

Por último, en aras del logro de la eficacia del proceso, valor éste profundamente requerido, se proponen nuevas formas de tutela que emparentadas con las cautelares se diferencian de ellas. Se las denomina también «procesos urgentes», «tutelas anticipadas» o a veces toman la forma de lo que se ha dado en llamar «medidas autosatisfactivas». Estas medidas urgentes, a diferencia de las cautelares, no necesariamente se dictan *in audita parte* (como las cautelares) y tampoco persiguen asegurar el cumplimiento de una futura sentencia a dictarse, sino que procuran la satisfacción total o parcial de la pretensión en decisión anticipada por razones de urgencia [68].

Otra manifestación de estas nuevas tutelas que han sido incorporadas en las constituciones, aunque lamentablemente no reglamentadas, es la llamada «justicia vecinal de menor cuantía o de pequeñas causas». Se trata de una justicia desformalizada destinada a resolver problemas de vecindad o juicios de escaso monto que en las estructuras actuales no encuentran una respuesta adecuada. El trámite que se establece para estos tribunales implica un procedimiento breve, concentrado y con soluciones tributarias en la equidad.

---

(68) Arazi, Roland, «El proceso civil del fin de siglo en memoria de Isidoro Eisner y Joaquín Alí Salgado», en *Derecho procesal civil en vísperas del siglo XXI*, Ediar, Bs As., 1997, p 31

(9)

CAPITULO XI

Sujetos procesales

por Manuel González Castro

1. Introducción

El proceso, es un método de debate dialéctico entre dos, iguales, en contradicción ante un tercero imparcial, imparcial e independiente

Aquellos «dos» que intervienen en el debate son las partes, es decir, los titulares de las pretensiones y de los poderes de acción y de excepción.

Cuando nos referimos a las partes, lo hacemos identificando o situando la problemática en el elemento subjetivo del proceso, elemento que, sin lugar a dudas, constituye una dimensión de corte antropológico dentro del proceso.

La dimensión antropológica es fundamental en cualquier concepción procesal, ya que a partir de ella, se dotará de unidad a las diversas manifestaciones culturales que se dan diferenciadas, aun en procesos de globalización como los vividos.

Se entiende necesario partir en la construcción procesal de esta dimensión antropológica, pues partir de esta dimensión como elemento de unidad es una decisión de fundamentación; no hablamos de una dimensión óntica ni siquiera hacemos mención a orígenes divinos o religiosos del hombre, desde el momento en que se entiende que un sector importante no comparte dichos fundamentos.

Forjar una base antropológica previa y constitutiva del fenómeno hará que se comparta por la gran mayoría ya que nadie puede negar hoy que la antropología debe ser entendida en forma abierta y dinámica; de un hombre que es un ser racional y social, mediante su vida en relación; y que su conciencia y la conciencia jurídica es fruto de su libertad como elemento constitutivo del ser persona.

En efecto, en este modelo *«se construye una antropología abierta e integradora y ética que señala las condiciones sociales y culturales que permiten a los hombres conservar su libertad interior y garantizan su legítima libertad exterior. Esto supone, también, el reconocimiento de las consecuencias sociales y jurídicas del ejercicio de dichas libertades»* [1].

Esta antropología integradora, permite reconocer el ser estructuralmente ético que es la persona, y con ello se puede, por una parte, regular la conducta mediante los distintos roles a desempeñar por los sujetos procesales, e interpretarlos, como se desprende de la norma que regula el valor probatorio que se le atribuye al obrar de las partes en el proceso.

El hombre como ser racional y como ser político, revela su ser social, y este es el hombre que le interesa al derecho, es decir, al hombre en relación, o como sostiene la egología, al ser en conducta en interferencia intersubjetiva.

(1) Martínez Paz, Fernando, *El mundo jurídico multidimensional*, Advocatus, Cba., 1996, p. 18.

El carácter social del hombre impide la noción del solo en relación jurídica. Para el derecho no existe el Robinson Crusoe.

La misma naturaleza demuestra lo afirmado, el hombre es único ser que se expresa mediante el lenguaje, y ese lenguaje es medio de comunicación lo que revela, asimismo, su naturaleza racional, y ello es útil a los fines de comprender el desenvolvimiento de la relación jurídica procesal, la que es concebida por importante doctrina como una relación dialógica.

Todas estas reflexiones nos sirven para explicitar una antropología jurídica que sea la base que dote de sentido al fenómeno de estudio de la ciencia procesal, es decir, el proceso, conceptos antropológicos que conciben al hombre como ser persona, condición humana que no puede ser omitida al momento del estudio técnico del concepto de sujetos procesales y específicamente, los de magistrados, funcionarios, partes y terceros procesales.

2. Sujetos en el proceso civil: las partes

Resulta, pues, comprensible que un proceso sin partes es inconcebible tal resulta de las enseñanzas de Briseño Sierra [2], para luego afirmarse que por parte se entiende el elemento subjetivo condicionante del proceso.

Ese sujeto puede ser un individuo físico o una persona jurídica.

Estos sujetos a los cuales la ley procesal dota de carácter de partes, no son necesariamente, los mismos sujetos entre los cuales existió o existe el conflicto jurídico en el plano de la realidad; es más, puede darse la promoción litigiosa entre partes mediante la afirmación en el plano procesal de un conflicto inexistente en el plano de la realidad.

Por ello, es que debe afirmarse que el concepto de parte viene, entonces, *«determinadó por la titularidad de las pretensiones y prestaciones conflictivas que, faltando la realidad del conflicto, se reducen a la pretensión estrictamente procesal»* [3].

(2) Briseño Sierra, Humberto, *Compendio de derecho procesal*, Humanitas, México, 1989, p. 340.
(3) Ibídem, p. 341

Surge así con toda claridad que el concepto de partes «*debe ser esencialmente de carácter formal con total independencia de la relación material debatida*» [4].

En este sentido, la clásica definición de parte chiovendana, se adopta como propia y sentencia: *Parte es el que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre se demanda) una actuación de la ley y aquél frente al cual ésta es demandada.*

Como puede apreciarse, de la definición transcripta, el concepto de parte deviene consustancial con el concepto de titularidad de la pretensión.

Adviértase que en el marco de los sujetos procesales sólo es parte el titular de la pretensión (quien demanda y aquél contra quien se demanda) y no quien lo hace por otro, de allí que no es parte procesal el abogado patrocinante ni el apoderado o representante de la parte propiamente dicha

Es decir, el concepto formal de parte es evidente en el plano procesal.

La pretensión esgrimida lo es conforme la teleología del proceso, cual la actuación del derecho en el caso concreto, o el dictado de una sentencia.

2.1. Caracteres de las partes

En este punto, y tras la conceptualización de las partes en un sentido eminentemente formal, y tras haber establecido la idea de proceso como método de debate entre dos iguales, en contradicción ante un tercero imparcial e independiente, se desprenden de ello los caracteres propios de las partes.

En este sentido se afirma que las partes son:

a) duales,
b) antagónicas, e
c) iguales

Se analiza a continuación cada una de ellas.

(4) Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1992, t. I, p. 86

2.1.1. Las partes son duales

En todo fenómeno proceso, como método de debate que es, las partes siempre son dos: actor y demandado y, lógicamente, no puede darse la relación de otra manera, siempre hay alguien quien pretende (actor) y alguien contra quien se pretende (demandado).

Se trata de una posición lógica y estructural del proceso, por ello las partes siempre son dos, por más que en cada uno de los polos exista más de una persona, situación en la que se dará la pluralidad de sujetos en uno de los polos, pero no significa que existan más de dos partes.

2.1.2. Las partes son antagónicas

Pues las partes siempre se encuentran enfrentadas (Alvarado Velloso), una pretende y la otra se resiste a esa pretensión, de lo contrario «*no hay proceso si las partes inicialmente están de acuerdo entre ellas*» [5].

2.1.3. Las partes son iguales

La igualdad de la partes deriva de la manda constitucional de declaración de igualdad ante la ley.

Pero este carácter que constituye también un principio procesal, significa que las partes deben encontrarse en igualdad de armas, de lo contrario nos encontraríamos ante un no proceso.

Es imposible imaginar un proceso en el cual las partes se encontraren en desigualdad, pues esta igualdad provoca también otro de los elementos indispensables en el proceso como es el carácter de imparcialidad del juzgador.

Si las partes no gozan de un pie de plena y perfecta igualdad, nos encontraríamos ante la apariencia de un proceso, o la idea de un «no proceso».

Esta igualdad de armas debe darse en el derecho a la audiencia igualitaria (bilateralidad), y en el cumplimiento irrestricto de todas las garantías constitucionales, garantías que a veces se ven cercenadas desde la misma norma procedimental.

(5) Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit., p. 88

3. Legitimación procesal y sustancial. Concepto. Diferencias

Carrió advertía hace ya algunos años que la mayoría de las disputas entre juristas era consecuencia de «diálogos entre sordos»

En efecto, la falta de acuerdo en terminología a utilizar o en la denominación específica de los fenómenos, conduce a tales circunstancias.

Esta advertencia resulta plenamente aplicable al fenómeno de la legitimación, pues basta la lectura de la doctrina nacional y extranjera para concluir que bajo el término «legitimación» se han calificado diversas situaciones jurídicas.

Generalmente, existe una confusión entre los conceptos de legitimación y de capacidad, denominándose generalmente a la capacidad procesal como *legitimatio ad processum*.

En cuanto a la *legitimatio ad causam*, surge del derecho sustantivo, planteándonos el interrogante de si su estudio es propio de la materia procesal.

Que esta última afirmación es consecuencia de que el concepto de parte es un concepto eminentemente formal, y ello por su íntima vinculación con el ejercicio del poder de acción (única instancia promotora de un proceso), de allí, que la *legitimatio ad causam* sea presupuesto del acto del sentenciar, pues sabemos que el ejercicio de la acción es independiente de la titularidad del derecho.

Por ello, la afirmación de Devis Echandía: «*Puede ser parte en el proceso quien no lo sea en la relación sustancial... porque puede demandarse sin derecho o sin legitimación en la causa e interés sustancial y que influyen en la suerte de las pretensiones y en el contenido de la sentencia, pero no presupuestos de la acción ni de la calidad de parte*» [6].

El procesalista mejicano Humberto Briseño Sierra, por su parte, entiende que debe darse el nombre de legitimado al titular de la acción y de la pretensión procesales, cuando en este sentido afirma: «*En estas condiciones, por todos los rumbos del derecho aparece un sujeto que, sin ser titular de la pretensión sustantiva, unas veces porque no sea el dueño del derecho en conflicto, otras porque la solución del mismo no le perjudique ni le beneficie, y otras porque la ley*

(6) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general del proceso*, Universidad, Bs. As., 1997, p. 307

ha establecido que únicamente él pueda accionar y pretender procesalmente, este sujeto viene a ser el titular de la acción y de la pretensión procesales» [7].

Por ello, se deduce la conveniencia de definir a la legitimación como: «*La titularidad de la pretensión sin titularidad del derecho*» [8].

Esto porque la legitimación es, en realidad, un presupuesto de la sentencia que acogerá o no la pretensión, en cuanto se haya confirmado dicha titularidad, lo cual no significa que si quien pretendió «no tuvo derecho» y, por ende, se le rechazó en sentencia su pretensión, no haya sido «parte», calidad que revistió durante todo el proceso.

Por ello, es que la legitimación se resuelve en el sentenciar (salvo que sea evidente *ab initio*, por ejemplo, quien pretende divorciarse sin acreditar el vínculo marital), y no se debe confundir la legitimación con la carencia de capacidad (incapaz de hecho) o la insuficiente representación (persona que pretende a nombre de otro sin acreditar la debida representación o mandato), situaciones éstas que pueden ser cuestionadas previamente.

Las reflexiones precedentes llevan a cuestionar la afirmación de conocida doctrina que afirma que la legitimación *ad causam* «es la condición especial que exige la ley para ser parte».

En realidad, la ley exige la amplitud de admisión de la acción, y tras de la admisión mediante postulación de demanda se otorga la calidad de parte.

De lo que se habla al tratar la legitimación es de una condición especial para pretender útilmente, es decir, para que la pretensión sea acogida en definitiva.

No obstante, que nos pronunciamos por la postura que aconseja hablar simplemente de legitimación, la doctrina suele diferenciar entre *legitimatio ad processum* y *legitimatio ad causam*, razón por la cual pasamos a conceptualizar dicha pretendida diferenciación.

3.1. *Legitimatio ad processum*

Se denomina *legitimatio ad processum* «*a la capacidad para comparecer en juicio, o sea para realizar actos procesales con efectos jurídicos en nombre de o representando a otro*» [9].

(7) Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, Harla, México, 1995 p. 1069.
(8) Briseño Sierra, Humberto, ob. cit., p. 1080.
(9) Chiovenda, Giusseppe, ob. cit., p. 16

Toda esta materia de capacidad [illegible] a la regulación de la incapacidad de hech[illegible] como surge del concepto chiovendano, lo que [illegible]dad de que la parte pueda actuar por sí mism[illegible] el debido derecho de postulación), [illegible]

En concreto, se trata de capacidad pr[illegible]ta independiente de la legitimación conforme [illegible]mo resulta obvio, se puede actuar, efectivamen[illegible]tar legitimado, legitimación que surge resuelta al m[illegible]

3.2. *Legitimatio ad causam*

La legitimación *ad causam* resulta de la imputac[illegible]al, mediante la cual se establece si cualquiera de l[illegible]son quienes hubieron de demandar o ser demand[illegible] ello. *«Como se puede apreciar, no se trata aquí de investigar s[illegible]andado tienen capacidad jurídica para ser parte procesal, sino si un[illegible] las personas ante las cuales cabe emitir útilmente la sentencia»* [10].

Por ello, es que corresponde afirmar que se vinc[illegible] con la deducción útil de una pretensión.

En concreto, la legitimación *ad causam* debe ser vinculada a la titularidad efectiva del derecho, es decir, la coincidencia entre las partes en litigio con los sujetos que intervinieron en el conflicto existente en el plano de la realidad.

Por ello, como conclusión transcribimos las reflexiones de Adolfo Alvarado Velloso, cuando enseña: *«Pero algo queda en claro para el lector: como consecuencia de la enorme amplitud con la cual cabe admitir la acción procesal, cualquiera puede demandar si afirma en la demanda la existencia de un conflicto en el plano de la realidad social. Esto no quiere decir que la pretensión aneja a la acción sea estimada sin más al momento de la sentencia, en cuya oportunidad el juzgador debe analizar, por ejemplo, si quien dijo ser acreedor realmente lo es. Y como esa tarea se cumple sólo en la sentencia (salvo que la falta de legitimación sea manifiesta, en el supuesto de las legislaciones que aceptan su tratamiento dentro del proceso) y allí se hace mérito de la*

(10) Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit., p. 95.

calidad jurídica invocada, parece razonable aceptar que el tema no corresponde a la materia procesal, cual lo afirma importante doctrina» [11].

4. Sustitución y sucesión procesal

Existe la posibilidad de que en el transcurso del proceso, alguna o ambas partes se vean reemplazadas por otros sujetos, ocupando, en consecuencia, la misma posición que aquélla que es reemplazada.

A este fenómeno mediante el cual una parte es reemplazada por otro sujeto, según la forma y motivos que se explicarán *a posteriori*, recibe el nombre de sucesión procesal y sustitución procesal.

4.1. *La sucesión procesal*

Se dice que existe sucesión procesal cuando: *«El sujeto que ocupa efectivamente una de las posiciones procesales originarias es reemplazado por otro u otros, a consecuencia de un acto entre vivos o por causa de muerte que transmite los derechos litigiosos -con consiguiente pérdida de legitimación- y convierte al reemplazante en el nuevo legitimado para obtener una sentencia de mérito»* [12].

Como se advierte del concepto transcripto, lo que caracteriza o legitima la sucesión procesal es un acto de *«transmisión de derechos litigiosos»*, y esa transmisión, queda claro, puede estar originada en un acto inter vivos o *mortis causae*.

Así, como casos de sucesión procesal enumeramos los siguientes:

a. La sucesión de una parte por sus herederos mortis causae

Se sabe que la transmisión de la herencia (derechos y obligaciones) se produce *ipso iure*, más allá de la declaración judicial como tales, pues la transmisión de la herencia se da en forma automática con el fallecimiento.

Esta sucesión procesal puede decirse que se da a título universal.

(11) Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit., p. 96

(12) Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit., p. 98

b. La sucesión de una parte que muere por el legatario del derecho litigioso o del bien objeto del proceso

En este caso nos encontramos ante una sucesión *mortis causae* a título particular

c. La sucesión de una parte por el cesionario mediante acto entre vivos

Aquí la sucesión procesal se produce por convención entre quien es parte y un tercero, a quien (tercero) se le ceden y transfieren los derechos litigiosos o el objeto mismo del litigio mediante venta, donación, permuta, dación en pago, etcétera.

En este supuesto, se entiende necesario que: «*El cesionario concurra al proceso. Sin embargo, si la parte contraria no acepta la sustitución, tradente y cesionario continúan como partes litisconsorciales*» [13].

Por ello, es que «*Este tipo de sucesión ostenta disímil regulación en los diferentes ordenamientos procesales: en tanto algunas leyes permiten sin más la presencia en el proceso pendiente del comprador, cesionarios, etcétera, con la consiguiente extromisión (alejamiento) de la parte originaria (vendedor, cedente, etcétera) (cuando esto ocurre la parte extromitida queda vinculada a los efectos de la sentencia que se emita acerca del litigio), muchas otras no autorizan la extromisión o, a lo sumo la sujetan a la aceptación de la contraparte (cuando esto ocurre el cesionario puede actuar en el proceso en calidad de tercero coadyuvante, aunque algunas legislaciones le otorgan el carácter de asistente)*» [14].

d. La sucesión de una persona jurídica extinguida por quienes reciben los derechos o asumen sus obligaciones discutidas en el proceso

En este supuesto es menester identificar los diversos tipos liquidatorios del derecho de fondo, ya sea cuando es asumida por su socios, o integrantes, o cuando ingresa la figura de un fideicomiso, etcétera.

4.2. La sustitución procesal

Se denomina sustitución procesal, al fenómeno que se produce cuando la parte procesal es reemplazada por un tercero al cual la ley

(13) Devis Echandía, Hernando, ob. cit., p. 313
(14) Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit., p. 100.

legitima a intervenir en el proceso a los fines de ejercitar un derecho o asumir una obligación de garantía o contractual.

Se debe observar que estos terceros no son «los representantes», que actúan en nombre de la parte, ni son tampoco sucesores ni a título particular ni universal, los cuales se manifiestan en el fenómeno de la sucesión procesal.

De lo que se trata es de un reemplazo mediante la sustitución (no continúa a la parte, sino que la sustituye), como ocurre en el caso de la acción subrogatoria o en la citación en garantía, en los cuales el tercero se trata en rigor de un nuevo legitimado, con poderes propios en el proceso.

5. Cargas procesales

El gran aporte de la teoría de la situación procesal fue el concepto de «cargas procesales», pues las partes en el proceso desenvuelven todo su actuar en relación a expectativas, posibilidades y cargas, con el fin de obtener una sentencia favorable a su pretensión.

En este sentido, Goldschmidt define a las cargas procesales como «*Imperativos del propio interés*» [15].

En efecto, en el marco del sistema dispositivo nadie puede exigir o compeler a las partes la realización de actividad procedimental.

Cada una de ellas actuará conforme el desenvolvimiento procedimental, sus propias posibilidades y quizás una predeterminada estrategia.

Por ello es que el mismo Goldschmidt afirma: «*Sólo existe en el proceso 'cargas', es decir situaciones de necesidad de realizar determinado acto para evitar que sobrevenga un perjuicio procesal. Con otras palabras, se trata de imperativos del propio interés. Las cargas procesales se hallan en una estrecha relación con las posibilidades procesales, puesto que toda posibilidad impone a las partes la carga de ser diligente para evitar su pérdida. El que puede, debe; la ocasión obliga (es decir grava), y la más grave culpa frente a sí mismo, es la de haber perdido la ocasión*» [16].

(15) Goldschmidt, James, *Derecho procesal civil*, Labor, Madrid, 1936, p. 8
(16) Goldschmidt, James, ob. cit., p. 203

Lo transcripto, posee una extraordinaria explicación de la carga procesal, pero a la par, implícitamente responde a la idea teleológica del proceso.

En efecto, el proceso es un método de debate (sólo ello) y no un método de búsqueda de verdad, pues de ser ésta (la búsqueda de la verdad) el norte del proceso, no cabría el concepto de carga como imperativo del propio interés, pues a la verdad como meta no debiera hacérsela depender del mero interés de la parte.

Por ello, las partes ingresan al proceso a los fines de debatir conforme a determinados reglas conocidas de antemano y a las cuales se someten.

Radica en cada una de ellas el propio interés, mediante el cual «se las manda» al cumplimiento de determinada actividad procedimental, a los fines de la obtención de sentencia favorable.

Cada norma procesal en su estructura dinámica prevé el supuesto en el cual el acto ordenado lógicamente sea incumplido.

Y aquí surge la categorización de la carga. Su omisión no es sancionable.

Así a la parte le corresponde realizar el acto de comparecer; si no lo hace, se lo tiene por rebelde.

Así, la parte demandada pesa con la carga de contestar la demanda; si no lo hace, su interés o situación procesal se verá perjudicado conforme sea el valor que el ordenamiento le otorgue al silencio. Baste para ello el análisis de la norma contenida en el art. 143 del Código de Santa Fe cuando prevé que omitida la contestación se llamarán los autos para sentencia, si correspondiere [17]; decreto que se revocará si aquéllos solicitaren la apertura a prueba, regla que varía en el ordenamiento procesal civil cordobés, en el cual el silencio o la respuesta

(17) Que ello es lógico, pues al no haber contestación, no hay hecho controvertido, *ergo*, no hay materia de prueba. Por ello, es que Adolfo Alvarado Velloso, sostiene que «*se trata simplemente, de una posibilidad de confirmación que invierte la carga probatoria para que el demandado pueda destruir la presunción legal en su contra*». (*Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 109). Ver también, Arruiz Mario, «El valor del silencio», ponencia presentada en el Primer Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista celebrado en la ciudad de Azul, provincia de Buenos Aires, 1999; González Castro, Manuel A., «El juicio abreviado y la idea de no proceso» en Foro de Córdoba Nº 70

evasiva pueden ser tomadas como confesión (art. 192), es decir, no se aplica con rigor el valor del silencio.

Ello se explica, porque como enseña Alvarado Velloso, la carga es «*un imperativo que la parte tiene respecto de sí misma*».

Y nadie puede compelirla a que la cumpla, ergo, no se trata de una obligación; pues la obligación supone que otro sujeto tiene un derecho correlativo con esa obligación y que por ende puede exigir su cumplimiento

La carga como imperativo del propio interés tampoco radica en «un deber», pues ante «un deber», la conducta omisiva o contraria es sancionable. Sobre la parte pesa el deber de moralidad, buena fe y lealtad procesal, y si no cumple con ello es pasible de sanción.

En cambio, el incumplimiento de la carga no genera una sanción, sino la consecuencialidad preclusiva y un efecto contrario a su situación procesal.

Por ello es que correctamente se ha señalado que *la carga se presenta siempre en el plano insular*.

Explicándose esta característica de su manifestación en el plano insular, conforme sus elementos, la forma en que opera la carga procesal.

«*Siempre que la autoridad efectúa actos de conexión (ejemplo: traslado), lo hace a fin de dar oportunidad a una de las partes para que haga o diga lo que quiera respecto de la instancia ejercida por la otra. A este fin, emite una orden que debe ser cumplida en un plazo previamente determinado por la ley o por la propia autoridad, en su defecto, con el apercibimiento (advertencia) del efecto contrario al interés de su destinatario, para el caso de que no la cumpla en el tiempo dado*» [18].

Por ello es que, junto al maestro rosarino afirmamos que la carga procesal posee tres elementos necesarios: una orden, un plazo para su cumplimiento por la parte y un apercibimiento en caso de omisión.

6. Partes con pluralidad de sujetos. Concepto

Si observamos el fenómeno jurídico denominado proceso, advertimos que es un método de debate entre dos partes (actor y demandado), ante un tercero, imparcial e independiente.

(18) Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit., t. I, ps. 252/253

De esta actitud científica de observación de pura actividad se desprende que una de las partes pretende (actor) y otra reacciona contra esa pretensión (demandado)

La construcción lógica del proceso, y su descripción fenoménica, produce que se hubiera ya afirmado que las partes son sólo dos (actor y demandado), y nada más que dos, por ello el afirmado carácter dual de las partes.

Pero, obvio resulta, que en cada una de las partes (polo activo y pasivo) pueden existir más de una persona (sujeto) pretendiendo o reaccionando, e incluso nada impide que en ambas partes pueda existir también más de un sujeto.

A este fenómeno, es decir cuando en una, otra u ambas partes existe más de un sujeto, el derecho procesal lo denomina partes con pluralidad de sujetos.

Y ello es permitido conforme la regla procesal de economía procesal y el principio de eficacia procesal, mediante un instituto denominado acumulación subjetiva de pretensiones.

Si se efectúa una detenida lectura en la doctrina es posible advertir la confusión de dos fenómenos distintos, los cuales resultan identificados, como es el de la parte con pluralidad de sujetos y la relación litisconsorcial.

La primera (parte con pluralidad de sujetos) es el género, mientras que la segunda (litisconsorcio) es la especie.

Ergo, entre una y otra lo que se desprende es la relación entre género y especie, es decir, siempre que existe litisconsorcio (especie) nos encontramos ante una parte con pluralidad de sujetos, pero no siempre que exista una situación de partes con pluralidad de sujetos estaremos frente a un litisconsorcio.

6.1. El litisconsorcio

Efectuada, pues, la aclaración de la relación existente entre partes con pluralidad de sujetos y su especie, la relación litisconsorcial, podemos afirmar que existe litisconsorcio cuando entre varios sujetos que ocupan una misma posición procesal se presenta un vínculo de conexidad causal o de afinidad

No obstante, debemos observar que generalmente los códigos no regulan independientemente este instituto, sino que generalmente lo hacen desde la acumulación de pretensiones.

Si analizamos nuestra legislación procesal civil de la provincia de Córdoba, es dable advertir que el instituto está normado en el art. 181, el cual trata la posibilidad de acumulación de acciones (pretensiones) en la demanda.

Reza la citada norma: «Podrá, igualmente, acumularse y ejercitarse simultáneamente las acciones que uno tenga contra varias personas o varios contra una sola, siempre que emanen de un mismo título o se funden en una misma causa de pedir»

Norma de la cual, siendo comentada por reconocido doctrinario cordobés, se afirma: «*En esta norma se establece el litisconsorcio activo y pasivo, en el sentido de que se pueden acumular acciones que una persona tenga contra varias personas, o cuando varias personas accionen contra una sola, todo en un mismo proceso. Para que proceda la acumulación es necesario que la acción emane de un mismo título o se funde en una misma causa de pedir*» [19].

Como debemos advertir, es necesaria la conexidad causal a los fines de que esa parte con pluralidad de sujetos se constituya en un litisconsorcio.

El mismo nombre del instituto así lo designa: el litisconsorcio es una comunidad de suerte en el resultado del litigio, pues como bien lo recuerda Hernán Casco Pagano: «*La voz litisconsorcio deviene de la locución litisconsortium; de litis: pleito, litigio judicial, juicio (conflicto de intereses) y consortium: comunidad de destino*» [20].

Por lo que «*son litisconsortes aquéllos que asumen la misma posición en el proceso corriendo igual suerte*» [21].

6.1.1. Clases

Diversos operadores clasificatorios han sido utilizados a los fines de efectuar diferenciaciones entre diversas manifestaciones del fenómeno litisconsorcial.

Así se ha sostenido que conforme el litisconsorcio se encuentre según sea la posición procesal en la que se halle, estaremos ante un litis consorcio activo, pasivo o mixto.

(19) Zarazaga, Luis, en Ferrer Martínez, Rogelio y otros, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Cordoba*, Advocatus, Cba , 2000, p 333

(20) Casco Pagano, Hernán, *Derecho procesal civil*, Asunción, 2000 p 296

(21) Ibídem

El litisconsorcio es activo cuando la relación litisconsorcial se manifiesta en el polo actor.

El litisconsorcio es pasivo cuando la relación litisconsorcial se manifiesta en el polo demandado, y por último,

El litisconsorcio es mixto cuando la relación litisconsorcial se manifiesta en el polo actor y en el polo demandado.

Entendemos que todo criterio de clasificación no posee un valor de verdad paradigmático, sino que por el contrario, debe ser analizado conforme un criterio de utilidad, es decir, distingo y clasifico a los fines de que esa distinción advertida me sea útil a los fines de designación y posibilidad de actuación del fenómeno que se ha diferenciado y clasificado.

Que manteniendo lo afirmado precedentemente, nos parece que la clasificación de los litisconsorcios en activo, pasivo o mixto, carece de toda relevancia de utilidad y de diferenciación, pues, que la relación litisconsorcial se manifieste en uno, otro u ambos polos, no tiene relevancia, pues las reglas aplicables a la relación litisconsorcial no distinguen en su aplicación la posición procesal en la cual éste se manifieste

Otro criterio de clasificación es el de la oportunidad o momento en que se produce la relación litisconsorcial, y así se distingue en litisconsorcio originario o sucesivo.

El litisconsorcio es originario cuando la relación litisconsorcial se manifiesta al comienzo del proceso, en cambio:

El litisconsorcio es sucesivo cuando la relación litisconsorcial se produce durante el desarrollo posterior del proceso, produciéndose el fenómeno de integración de la relación procesal.

Por último, conforme la posibilidad de integración de la relación litisconsorcial, sea emanado de la voluntad de las partes o de un mandato legal, el litis consorcio se denomina facultativo o necesario

El litisconsorcio es facultativo cuando su formación obedece a la libre voluntad de las partes, y

El litsconsorcio es necesario cuando lo impone la ley o la característica de inescindibilidad de la relación o situación jurídica que constituye la causa de la pretensión, es decir, cuando se está frente a una relación causal inesqind.ble, lo cual produce que al litigio resulte imposible decidirlo válidamente, sin la concurrencia de la integración de la relación litisconsorcial.

Es esta clasificación la que produce mayores efectos en lo que es la consecuencia de su existência.

Así, en la relación litisconsorcial facultativa se observa que *«en razón de que todos los colegitimados (litisconsortes) gozan de plena autonomía de gestión dentro de un procedimiento único y salvada la uniformidad de la decisión judicial que recaiga sobre el hecho común»* [22]:

- Los actos de cada litisconsorte son independientes en sus efectos de los demás sin beneficiar ni perjudicar al litisconsorte.
- Es consecuencia de la unidad de procedimiento que los términos procesales sean comunes o corran simultáneamente cuando se han unificado la personería.
- Cada litisconsorte puede adoptar una actitud defensiva distinta a la de los demás.
- La rebeldía de uno no perjudica a los otros.
- Los actos probatorios de un litisconsorte benefician a los demás, aunque no sucede lo mismo con la confesión, que sólo perjudica al confesante.
- El desistimiento de la demanda o la transacción con sus efectos sentenciales, cuando es efectuada por o respecto de uno de los litis consortes no perjudica ni beneficia a los otros.
- La sentencia que se dicte sobre los procesos acumulados puede ser distinta respecto de los litisconsortes en orden a las diversas defensas personales que hayan opuesto.
- Unos pueden recurrir la sentencia, mientras que otro la consienta, es decir, gozan de poderes impugnativos autónomos.
- Siempre que exista condena en costas contra litisconsortes, sin haberse efectuado la correspondiente distribución, se entiende que los litisconsortes están obligados por partes iguales. No obstante, el juez debe, en principio, distribuirlas en proporción a sus intereses en el proceso. Los costos de pruebas como la de peritos oficios, etcétera, son a cargo de su oferente.

Que estos efectos se dan por tratarse en realidad de relaciones jurídicas escindibles (divisibles) y en realidad nos encontramos ante procesos acumulados

Estos efectos obviamente difieren en el litisconsorcio necesario, pues en él rige la necesaria inescindibilidad (indivisibilidad) de la relación, lo

(22) Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit., t. II, p. 110.

que produciría el absurdo de que en un mismo procedimiento un litisconsorte sea absuelto y el otro condenado.

Lo afirmado tiene su fundamento en que *«el litisconsorcio necesario u obligatorio se produce cuando entre varios sujetos existe una relación sustancial única e inescindible, y la sentencia sólo puede dictarse útilmente frente a todos los integrantes de la relación jurídica sustancial controvertida en el proceso, de modo que la validez de éste se halla subordinada a la citación de todas aquellas personas, pues en el litisconsorcio necesario existe siempre una única pretensión, cuya peculiaridad está por la circunstancia de que necesariamente debe ser promovida por varios legitimados y no por o contra algunos de ellos solamente, en razón de que la legitimación procesal corresponde al conjunto de personas y no a una persona individualmente»* [23].

Resulta evidente, pues, que siendo la relación sustancial desde la cual se construye el concepto de litisconsorcio necesario diferente a la del litisconsorcio facultativo, que sus efectos procesales también son distintos.

Así se observa que:

- Los actos procedimentales de uno de los litisconsortes benefician o perjudican a los otros;
- La prueba, acreditación o confirmación de un hecho, se analiza y valora para todos.
- La confesión de uno de los litisconsortes no perjudica a los otros, y se la tiene tan sólo con valor de testimonio, para el caso de que haya sido prestada bajo juramento. De lo afirmado surge que si la sentencia debe vincular en idéntica forma a los litisconsortes necesarios, la confesión de uno de los litisconsortes, cuando no se da en forma unánime, tampoco perjudica al confesante.
- La caducidad de la instancia no puede oponerse si no lo es contra todos los litisconsortes,
- La sentencia que se dicte tiene los mismos efectos para todos los litisconsortes,
- La interposición de un recurso, significa que los efectos de éste se transmiten a los otros litisconsortes;

(23) Casco Pagano, Hernán, ob cit., ps 299/300

- Los métodos autocompositivos de allanamiento, desistimiento, transacción deben ser efectuados por todos los litisconsortes en forma unánime.
- La condena en costas se distribuye en principio entre los litisconsortes en partes iguales, o proporcional, salvo que por la naturaleza de la obligación correspondiere una condena solidaria.

7. Intervención de terceros. Concepto

La intervención de terceros es un instituto que permite que quien es tercero al momento inicial del proceso se incorpore a éste adquiriendo la calidad de parte.

Como puede advertirse, se trata de otorgar el derecho de defensa en sentido amplio a aquella persona que siendo tercero acredita determinado interés a los fines de que se le otorgue la participación de ley

Esta intervención puede darse en forma voluntaria (cuando el tercero en forma espontánea decide ingresar al proceso) o en forma provocada (cuando el tercero es citado a participar por la parte o el tribunal)

Los fines del instituto se encuentran relacionados con valores procesales y de derecho como el valor de la economía procesal y el valor seguridad jurídica.

Queda claro pues que *«declarada admisible la intervención del tercero, éste asume la calidad de parte, con sus derechos, facultades, deberes, cargas y obligaciones, porque el propósito de la institución consiste precisamente, en brindar a aquél la posibilidad de obtener la protección judicial de un derecho o interés propio»* [24].

En concreto, este instituto supone la acumulación de pretensiones por vía inserción procesal mediante una relación de conexidad objetiva, o de conexidad mixta objetivo causal o de afinidad.

En este sentido se ha dicho que *«la intervención de terceros tiene lugar cuando en forma voluntaria, provocada o necesaria, un tercero interesado se incorpora a un proceso pendiente con el objeto de hacer valer en éste un derecho o un interés propio, por hallarse vinculado -por lo menos con una de las partes originarias del litigio- mediante una relación de conexidad objetiva o de conexidad causal o de conexidad*

(24) Casco Pagano, Hernán, ob cit., p 337.

mixta objetivo-causal o de afinidad. El instituto supone una acumulación de pretensiones por vía de inserción procesal, teniendo fundamento en el principio de seguridad jurídica (en unos casos) o en las reglas de economía y de celeridad procesal (en otro casos). Es decir, en todos estos supuestos, son terceros que pueden llegar a ser partes en el litigio (procesal) por haber sido o poder ser ellos partes del conflicto presentado en la vida real» [25].

7.1. Clases

Este instituto tiene diversas manifestaciones conforme la teleología de las pretensiones deducidas y, consecuentemente, de los efectos procesales que se producen.

Este instituto puede darse en forma en forma facultativa o coactiva.

7.1.1. Intervención espontánea o voluntaria

La intervención del tercero es facultativa cuando el tercero se incorpora al proceso por su propia, libre y espontánea voluntad.

Esta intervención denominada espontánea o voluntaria adquiere a su vez las siguientes formas:

7.1.1.1. *Adhesiva autónoma o litisconsorcial*

Este tipo de intervención voluntaria, implica que el tercero que ingresa al proceso lo hace asumiendo la calidad de parte y se coloca en la misma posición de la parte con la cual interviene conformando un litisconosrcio.

Al intervenir adquiere las mismas facultades de la parte y posee independencia de estrategia y actividad procedimental respecto del sujeto con el cual conforma el litisconsorcio.

En este sentido se ha dicho que *«los litisconsortes sucesivos o intervinientes son igualmente principales, porque pretenden un derecho propio vinculado al proceso o intervienen para que sobre él se produzca una decisión en la sentencia. Ese derecho está vinculado con el reclamado por una de las partes frente a la otra, por la conexión jurídica de sus títulos comunes y por ello su situación es autónoma e independiente pero no opuesta, sino concordante con la de la parte consorcial»* [26]

---

(25) Alvarado Velloso, Adolfo y González Castro, Manuel, *Concordancias explicadas del Código Procesal Civil de la Provincia de La Rioja*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 128

(26) Devis Echandía, Hernando, ob. cit., p. 333

7.1.1.2. *Adhesiva coadyuvante*

A diferencia de la intervención anterior, este tercero al solicitar su intervención no lo hace en forma principal, pues no se encuentra vinculado por la relación sustancial que se debate en el proceso, sino que su intervención se debe a hacer valer un interés que puede verse perjudicado por el dictado de una sentencia contraria a una de las partes.

Por ello, por este interés que tiende a proteger, no adquiere una calidad de parte plena en las mismas condiciones, sino que su intervención es a los fines de ayudar o coadyuvar a la parte en su relación procesal, por ello, su participación es secundaria o accesoria a la parte y sus poderes y cargas se ven supeditadas a la estrategia procesal de la parte a la cual coadyuvan.

7.1.1.3. *Ad excludendum*

Este tipo de intervención es una intervención principal, mediante el cual el tercero opone una pretensión en contra de ambas partes.

Su intervención es una intervención autónoma respecto de ambas partes, pues sus intereses son contrarios a los intereses de ambas partes.

El caso típico de este tipo de intervención se produce cuando las partes discuten su derecho posesorio sobre un determinado inmueble. En ese marco de debate el tercero interviene interponiendo su derecho de propiedad, que excluye para un segundo plano la discusión entre las partes para el momento posterior a la determinación de la pretensión del tercero principal o *ad excludendum*.

En síntesis: «*Este tipo de intervención* (ad excludendum o ad infringiendum iura utriusque competitoris), *también denominada principal o agresiva, tiene lugar cuando un tercero se incorpora a un proceso pendiente a fin de interponer, frente a las partes originarias una pretensión incompatible con la ya litigiosa, reclamando par sí total o parcialmente la cosa o el derecho sobre el cual se litiga. En razón de que este tipo de intervención constituye un supuesto de acumulación sucesiva de procesos por la inserción de la pretensión de un tercero frente a las partes originarias de un proceso pendiente, por hallarse con una de ellas en una relación conexa por incompatibilidad de pretensiones respecto de un mismo objeto, sus características son las siguientes:*

- La mera presentación de la demanda por el tercero implica la coexistencia de tres pretensiones litigiosas: la ya pendiente entre las partes originarias, la del tercero contra el actor y la del mismo tercero contra el demandado, ambos del pleito original.

- Como consecuencia de ser éste un conjunto de tres litigios con tres partes encontradas, razones de economía y celeridad procesal indican la conveniencia

(nunca la necesidad) de dictar un pronunciamiento judicial único respecto de las tres relaciones» [27].

7.1.2. Provocada o coactiva

Esta intervención se deriva de la citación que realiza el tribunal a este tercero a los fines de que integre la relación procesal adquiriendo la calidad de parte.

Esta citación puede ser efectuada, conforme las legislaciones procesales, de oficio o a petición de parte, vinculando al tercero como consecuencia de dicha citación a la relación procesal originaria.

La *vocatio* que se efectúe al tercero, le faculta a despegar actividad procesal y la sentencia que se dicte en el proceso le vinculará con los efectos del caso juzgado.

7.1.2.1. *Citación de evicción*

La citación de evicción es la que produce una acción petitoria sobre la cosa transmitida, cuando dicha cosa ha quedado perdida por la parte que la adquirió o disminuida en su valor.

En el marco de estos conceptos y de los art. 2108 a 2112, 2117 C.C., Podetti destaca que *«permiten que la denuncia de litis sea formulada, no solamente por el demandado (caso general) sino por el actor, obligado a promover un pleito en defensa de la integridad del derecho del uso o goce de la cosa transmitida y que llama a quien se la transmitió para darle oportunidad de defenderla y dejar abierta, con dicha denuncia, la acción regresiva que pudiera hacerse necesaria según el resultado del pleito... La institución protege dos intereses fundamentales: en primer lugar, el de quien recibió la cosa que motiva el pleito y, en segundo lugar, el de quien la transmitió. Del primero, al darle el medio de ser defendido en la integridad de su derecho* (art. 2108 C.C.) *y, subsiguientemente, de dejar expedita la acción regresiva* (art. 2110 C.C.). *Del segundo, al permitirle defender personalmente el derecho que transmitió, a fin de evitarse las consecuencias de la acción regresiva o de disminuir sus efectos económicos»* [28].

7.1.2.2. *Laudatio actoris*

Es el llamado que hace el poseedor que es demandado de aquella persona por quien posee, a los fines de que la sentencia que se dicte en

---

(27) Alvarado Velloso, Adolfo y González Castro Manuel, ob. Cit., p. 130

(28) Podetti Ramiro, *Tratado de la tercería*, Ediar, Bs. As., 1971, ps. 441/442

el proceso le vincule en forma plena al poseedor principal o al titular dominial.

La consecuencia de esta citación consiste en que el actor, al conocer la denuncia formulada por el demandado, debe dirigir su pretensión en contra del poseedor o propietario permitiendo la extromisión del demandado originario, de lo contrario, su demanda puede ser rechazada.

7.1.2.3. *Llamamiento de tercero pretendiente*

Es el llamado que hace al proceso el demandado de un tercero que también invoca el derecho por el cual se ha demandado en el principal, a los fines de que el deudor conozca quién es su acreedor.

7.1.2.4. *Citación en garantía*

Este instituto tiene lugar cuando la parte que cita al tercero se encuentra en juicio por una obligación de la que debe responder el tercero citado.

Es el caso que se produce mediante la citación en garantía del asegurador por el asegurado a los fines de que si resulta condenado, responda por la relación que los une mediante un contrato de seguro.

8. Tercerías. Concepto

El concepto de tercería es un concepto que es tratado desde la faz subjetiva, es decir, teniendo en cuenta a un sujeto que siendo tercero se ve perjudicado en un derecho e intenta hacerlo valer en el proceso o incidente en el cual ese derecho se ha visto afectado por la misma actividad procedimental.

Adviértase que la afectación a ese derecho o dominio de este tercero al que denominaremos tercerista, no surge de la pretensión sustancial misma debatida en el proceso, sino que se ve afectado por la actividad procedimental desplegado.

Por ello, se denomina en doctrina como tercería a la pretensión deducida por un tercero en un determinado proceso, en el cual se ha afectado el dominio de un bien de su propiedad o hace valer un derecho privilegiado a los fines de su cancelación mediante el producido de la venta de un determinado bien en subasta

En concreto, el tercerista es un tercero, pero se debe dejar en claro que su incorporación al proceso se realiza mediante la forma accidental, siendo que el tercerista no adquiere la calidad de parte, como acontece con la denominada intervención de terceros.

Ello resulta de que su legitimación no es *ad causam* en cuanto al debate procesal, sino que interviene accidentando el proceso interponiendo en forma de cuña un pretensión en contra de las partes procesales derivadas de la afectación de un bien de su propiedad (tercería de dominio) y solicitando el preferente pago con el producido de la subasta de un bien determinado (tercería de mejor derecho)

8.1. Clases

Este instituto de la tercería se manifiesta de dos maneras distintas conforme cual fuere la pretensión de tercería deducida. Estas formas de manifestación son las denominadas tercería de dominio y tercería de mejor derecho, las cuales tienen por objeto pretensiones diversas y producen también efectos diversos en el proceso en el cual se deducen.

8.1.1. Tercería de dominio

Se denomina tercería de dominio a la pretensión deducida en proceso por un tercero que, en virtud de haberse afectado un bien de su propiedad por una medida cautelar dictada en proceso, solicita el levantamiento de dicha medida.

Imaginemos el caso: una persona que no es parte en un proceso, es decir, que ni es actor ni demandado (por ello, tercero), por algún motivo (homónimo, error, convivencia, etcétera), padece los efectos de una medida cautelar trabada sobre un bien de su propiedad. Como consecuencia de ello, comparece ante el Juzgado, en el mismo proceso en el cual fue dictada la medida y solicita su levantamiento mediante la deducción de una tercería de dominio.

Este instituto está regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba a partir del art. 436.

A los fines de la eficaz interposición de la tercería de dominio es menester acreditar bajo sanción de inadmisibilidad, el dominio del bien o la posesión in continenti de éstos, todo con medios fehacientes.

Por ello, es que el art 437 C.P.C.Cba., ordena que el tercerista debe acreditar, con instrumentos fehacientes, conforme se trate la tercería o la clase de los bienes de que se trate, la verosimilitud del derecho invocado, o dar garantía por los perjuicios que pueda ocasionar la suspensión del proceso ejecutorio, todo bajo sanción de inadmisibilidad

Esta tercería puede incoarse en cualquier momento mientras no haya sido otorgada la posesión de los bienes, no obstante, si ella fuera interpuesta con posterioridad a los diez días de haberse conocido la traba cautelar o de la ejecución, o desde el rechazo del levantamiento del embargo sin tercería, el tercerista cargará con las costas causadas por la presentación tardía.

Las tercerías se tramitan por cuerda separada y en ella intervienen el tercerista y las dos partes principales del proceso.

El trámite tiene la particularidad que el allanamiento o confesión del ejecutado no pueden ser invocados en contra del ejecutante, y ello es obvio, a los fines de evitar la connivencia entre el ejecutado y el tercerista.

El efecto de la interposición de la tercería de dominio, una vez admitida ésta, es la de suspender el remate, (art. 438), salvo el caso previsto para la venta anticipada (art. 474).

Ello es plenamente razonable, pues si lo que se manifiesta es la afectación mediante cautelar de un propio bien, no puede dejar de suspenderse el remate que transmitirá el bien a otro comprador, despojándose así del dominio que sobre el bien es titular el tercerista.

8.1.2. Tercería de mejor derecho

La tercería de mejor derecho procede cuando un tercero al proceso, hace valer un privilegio o un derecho de preferencia sobre el bien o patrimonio del ejecutado.

La finalidad de la tercería de mejor derecho no es el levantamiento de la medida cautelar, sino que con el producido de la subasta se le pague preferentemente el crédito que aduce con privilegio.

La interposición de esta tercería debe realizarse con anterioridad al pago de lo producido en subasta, y ello es obvio, pues de deducirse con posterioridad la pretensión se transforma en abstracta.

Al momento de deducirse esta tercería debe acreditarse con instrumentos fehacientes el privilegio o la preferencia que se pretende hacer valer

Su tramitación también se sustancia por pieza separada con la participación del tercerista y del ejecutante y ejecutado, por el trámite del juicio declarativo que corresponda.

El efecto de la tercería de mejor derecho no es la suspensión de la subasta como la tercería de dominio, sino que el efecto es la suspensión del pago.

[illegible] ir, interpuesta la tercería de mejor derecho, y aún no resuelta, [illegible] a la subasta, pues ésta no ha sido suspendida, lo que sí se [illegible] es el pago del producido de la subasta.

[illegible] es el efecto establecido por el art. 438 C.P.C.C., cuando ordena [illegible] tercería es de mejor derecho se suspenderá el pago, salvo [illegible] fianza, con audiencia de las partes, para responder a las [illegible] de la tercería

[illegible] Representación legal. Concepto

[illegible] mática de la representación procesal se vincula [illegible] con la de capacidad procesal, o la posibilidad de actuar [illegible] el proceso.

[illegible] os incapaces pueden ser partes procesales, pero, como [illegible] por sí mismos sus derechos, lo hacen por medio de sus [illegible] gales.

[illegible] ntece con las personas jurídicas, las cuales ejercen [illegible] sales mediante sus representantes legales, conforme [illegible] personas jurídicas adopten.

[illegible] poseen sus representantes legales, los que [illegible] propios padres en ejercicio de la patria potestad, [illegible] curadores.

[illegible] ndo un menor o un incapaz ingresa al proceso, y a [illegible] os derechos de éste, y que no se vean burlados o [illegible] lo obliga a una segunda representación que se [illegible] es o curadores *ad litem* que tienden a la protección [illegible] éstos. Este tipo de intervención también es [illegible] minada [illegible] ua

Si bien [illegible] destacada doctrina afirma que este representante [illegible] tuye al re[illegible]entante legal, si observamos el fenómeno procesal advertimos que [illegible] incapaz es parte (menor), actuando por medio de [illegible] representante legal (padre - tutor), quien en su debido derecho de postulación va asistido de su abogado (patrocinante o representante convencional), y a su vez, en forma promiscua interviene el asesor letrado (intervención promiscua o curador *ad litem*), quien vela por los intereses del incapaz.

10. Asistencia jurídica

La asistencia jurídica, es una garantía de corte constitucional, que coadyuva al debido derecho de defensa en juicio, teniendo en mira el principio de igualdad, al imponer que las partes actúen en el proceso acompañadas de un técnico jurídico, logrando el cumplimiento del debido derecho de postulación.

En concreto, la asistencia jurídica, mediante un patrocinio jurídico obligatorio, consagra el debido derecho de postulación, es decir, la adecuada y técnica exposición de los hechos base de la pretensión al juez.

Por ello es que se ha afirmado: «*Mediante el adecuado derecho de postulación, el Estado intenta asegurar a quien insta un correcto ejercicio del derecho de defensa en juicio. Para ello, la ley establece un doble régimen de asistencia del interesado: a) le permite estar en juicio bajo la dirección de un letrado, lo que significa que la parte puede cumplir por sí los actos del proceso, pero aconsejado por su defensor abogado, quien expone al juez, y técnicamente, las razones que aduce la parte; b) le permite estar en juicio mediante la representación que de ella ejerce un letrado, lo que significa que la parte no puede cumplir actos procesales sino a través del abogado, quien provee al mismo tiempo su defensa*» [29].

En este marco de ideas, nuestra Constitución Provincial en su art. 40 establece que: «Todo imputado tiene derecho a la defensa técnica, aún a cargo del Estado».

Garantía que si bien aparece con una redacción pensada en el proceso de debate en materia penal es de aplicación a todo proceso sin importar la materia que en él se debata.

De la misma formulación constitucional de dicha garantía se desprende su importancia, pues actúa como limitación al poder estadual al impedir (prohibir) el juzgamiento de un sujeto sin facilitarle la asistencia y, por el otro, ordena una política activa a los fines del funcionamiento real de la garantía al establecer que en su caso el Estado soportará o brindará la asistencia técnica.

Esta garantía, goza de rango constitucional nacional explícito a partir de la reforma de 1994, cuando conforme lo preceptuado por el art. 75 inc. 22 se otorgó este rango a los tratados de derechos humanos, entre

---

(29) Alvarado Velloso, Adolfo, ob cit., t. I, ps 123/124.

los cuales se encuentra la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la cual, en su art. 8º h, d y e consagra el «Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley».

La técnica mediante la cual se consagra esta garantía y, hemos de reconocer que su funcionamiento también, lo es pensando en el proceso penal, y sus reglas de aplicación en el debate de materia civil varía, aunque no en sustancia.

En primer lugar, se ha redactado en materia penal, pesando en que no existe posibilidad de juzgamiento penal en rebeldía, criterio que actualmente se encuentra en revisión, pues tal impedimento coloca en mejor situación al contumaz en materia penal que al reo que obedece la *vocatio*.

En materia civil, la parte debe actuar con asistencia técnica, y si no procede de tal forma, a dicho acto, se lo tiene como no realizado.

El defensor público actúa solamente en el proceso civil cuando la parte lo hace con el beneficio de litigar sin gastos, no cuando la parte no cumple con la carga de ser asistida con patrocinio.

En concreto, en materia penal, si el reo no se defiende asistido por defensor letrado, el Estado se encuentra en la obligación de proveerle tal defensa, mientras que en el debate civil, la parte realiza un actor procesal sin patrocinio, se lo tiene a dicho acto como no realizado, y el Estado no le provee de defensa técnica, salvo que actúe con beneficio de litigar sin gastos.

Este es criterio en el cual se ha enrolado el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba que ordena en su art. 80 que «Quien actúe ante los tribunales por derecho propio, o de personas que estén bajo su representación legal, y los procuradores, deberán hacerlo con la dirección técnica de abogados matriculados, salvo en los actos a que se refiere el inc 1) del art. 81, en los cuales la parte está facultada a actuar sin asistencia técnica, como ser en los casos de comparecer a estar a derecho y constituir domicilio procesal o sustituirlo, revocar mandatos o interponer recursos o que deban ser fundados en el mismo acto».

En el supuesto de que la parte no cumpliera con la asistencia técnica letrada ordenada en el art. 80, el art. 82 ordena que «se tendrá por no presentado y se devolverá al firmante, salvo la demanda, sin más trámites ni recursos, todo escrito que, debiendo llevar firma de letrado, no la tuviese, si dentro de los dos días de notificada la providencia que exige el cumplimiento de ese requisito, no fuese suplida la omisión. El defecto se subsanará suscribiendo un abogado el mismo escrito ante el secretario, quien dejará constancia de esta circunstancia en el expediente, o por ratificación que por separado se hiciere con firma de letrado».

Como se ha sostenido, anteriormente, la asistencia técnica letrada se efectúa por abogados de la matrícula, los que actúan mediante dos formas a saber: a) mediante el patrocinio letrado y b) mediante representación.

10.1. El abogado

El abogado es un profesional del derecho habilitado para aconsejar y asesorar en cuestiones jurídicas y para el patrocinio en procesos judiciales.

Su actividad era ya descripta en el Digesto (Libro III). Al decir del abogado que es el llamado para defender en juicio, exponer ante el juez competente su deseo o la demanda de un amigo, o bien combatir la pretensión de otro.

Mucho se ha discutido sobre su función, pero ésta puede sintetizarse diciendo que es un auxiliar de la justicia.

Pero se debe comprender esta expresión en su exacta extensión, pues a los fines de que el abogado se convierta en un verdadero auxiliar de justicia debe comprender plenamente su rol en el proceso.

Y este rol es de asistencia a una de las partes, lo cual convierte a su actividad en una actividad de servicio al parcial, es decir, su actividad es de plena parcialidad.

Sobre esta parcialidad, sumada la parcialidad del abogado de la contraria, el juez solamente podrá construir una decisión de imparcialidad. El juez no necesita de un auxiliar abogado «imparcial», pues el imparcial en el proceso es el mismo juez.

Esta parcialidad significa que se manifiesta en el mismo momento en que es aceptada la defensa propuesta.

Es una profesión liberal, es decir, el abogado puede negarse a aceptar la defensa, por las más variadas razones, pero; una vez aceptada ésta debe actuar, conforme a derecho y con toda parcialidad, siempre, claro está, en los límites del deber de lealtad y moralidad procesal, lo que prohíbe la actuación maliciosa o temeraria en el proceso.

A veces, no se comprende el porqué de la defensa, es que un abogado comprende que todo individuo tiene derecho a ella, y que en un conflicto, cada una de las partes puede tener un poco de razón en la discusión, por mínima que ella pueda ser.

Se recuerdan anécdotas de prohombres que declararon *ab initio* la culpabilidad de su defendido, privándole de la defensa que se le encomendó, obviamente, no se los puede considerar abogados.

La defensa es sagrada en el sentir occidental del término, ningún honor mayor que el abogar, el que era realizado *ad honorem*, es decir, sin cobro de remuneración alguna, hasta que se la comprendió como una profesión liberal y la necesaria retribución que tal tarea merecía.

Esta defensa hace a la tradición occidental misma, coincidente con aquella historia tantas veces repetida en la cual una persona comentaba que en su lugar de origen hubo un hombre honesto que supo que su padre cometió delito y lo entregó, respondiéndole su interlocutor que en su lugar de origen también había un hombre honesto que supo que su padre cometió delito y lo defendió

10.2. Asesoramiento y patrocinio letrado

En el asesoramiento se advierte una actividad que realiza el profesional abogado, tanto dentro como fuera del proceso, mediante lo que puede denominarse, el prudente consejo profesional en materia jurídica.

En el patrocinio letrado, en cambio, la actividad profesional se desenvuelve en el escenario procesal, asistiendo a la parte, supliendo su deficiencia jurídica, postulando en debida forma los intereses de su defendido y sus pretensiones

Actúa «junto» a la parte

«*El patrocinio,* nos enseña Bielsa, *deriva de padre, en el sentido de que lo ejerce quien presta ayuda o protección a alguno en la defensa del derecho. En general, este concepto se aplica exclusivamente al abogado, por ser quien concurre con su autoridad jurídica a suplir la falta de fuerza del defendido. No es el asesoramiento solamente lo que define esta función, sino una vinculación moral, una especie de solidaridad ante el poder público y ante el adversario. El asesor jurídico que se limita a dar dictamen no patrocina, sino que ilustra o aconseja, y tanto que el dictamen puede ser adverso al interés o a la pretensión del consultante*

De esta diferencia derivan consecuencias diversas, morales y jurídicas. Por ejemplo, el asesor no tiene incompatibilidad de intereses, puesto que no se solidariza moralmente con el cliente. Sin embargo, el asesor a sueldo se coloca en una especie de relación de dependencia. Si bien, en ambos casos, hay locación de servicios» [30].

El abogado patrocinante, realiza con el cliente un contrato, cuya naturaleza es una locación de servicios, es decir, lo que se obliga es a una actividad conforme determinadas reglas técnicas, legales y morales, pero no puede asegurar el resultado. Es decir, se trata de obligaciones de medio, no de resultado, pues obviamente, jamás puede el abogado asegurar el resultado de un pleito.

10.3. El apoderado

Se ha sostenido, en su oportunidad, que la asistencia técnica letrada podía ser ejercida mediante patrocinio letrado o mediante la designación de un apoderado letrado, quien actúa en nombre y representación de la parte, ejerciendo el debido derecho de postulación.

En este caso, las reglas que rigen la relación existente entre la parte y su abogado es la de las reglas del mandato.

La designación de apoderado surge de un acto que se denomina «poder», acto mediante el cual la parte designa su apoderado y le confiere los límites de su actuación.

Estos poderes pueden ser generales o especiales. Mediante el poder general, el apoderado puede representar a su poderdante en cualquier juicio, mientras que el especial, implica un poder para actuar en un determinado juicio. Entre estos poderes especiales encontramos el denominado poder *apud acta*, que es un poder que se otorga al abogado en presencia del secretario, en el mismo marco del proceso, siendo su ventaja que no implica costo alguno.

Ello no implica que el poder haya sido otorgado mediante documento público emanado fuera del proceso, como el caso en que éste sea otorgado mediante escritura pública, o mediante carta poder.

Para el primer caso, el apoderado deberá acompañar copia de éste al proceso, declarando bajo juramento que dicho poder se encuentra vigente y que es copia fiel de su original.

---

(30) Bielsa, Rafael, *Los conceptos jurídicos y su terminología*, Depalma, Bs. As., 1987, p. 86.

Los poderes otorgados gozan de determinada extensión en cuanto a las facultades otorgadas, así en este marco, el art. 93 C.P.C., dispone que el poder conferido para un pleito, cualquiera sean sus términos comprende la facultad de seguirlo en todas sus instancias y de promover y contestar todos los incidentes a que hubiere lugar.

Adviértase que, en realidad, un poder general para pleitos no es otra cosa que un poder especial de representación procesal.

Y ello es trascendente, pues el apoderado obliga a la persona que representa quien con él trata, sabe que al negociar con el apoderado que acredita personería lo hace con su representado.

Si estamos ante un poder para pleitos, aunque general (no especial para pleito determinado), entendemos que carece de facultades de ligamen para actos que no sean específicamente procesales o litigiosos.

Por ello, es que la actuación del apoderado se trata de una actuación específicamente procesal, y como bien dispone el art. 94 C.P.C., mientras continúe el apoderado en su cargo, los emplazamientos, citaciones y notificaciones que se le hagan, tienen tanta fuerza como si hubiesen sido hechos al poderdante, con excepción de aquellas actuaciones que la ley determina sean notificadas personalmente al poderdante o tengan por objeto su citación personal.

Se debe advertir lo explicitado en el párrafo anterior, en cuanto a los efectos del mandato «mientras continúe el apoderado en su cargo», y ello es así, por cuanto el mandato es por esencia de naturaleza revocable.

Este mandato puede extinguirse, entonces, por voluntad de las partes, ya sea por revocación que haga el poderdante del mandato, y en cuyo caso debe designar la parte otro apoderado o comparecer por sí mismo, sin necesidad de citación, bajo apercibimiento de continuar el juicio en rebeldía (art. 95) o por renuncia del apoderado, de la cual se debe poner en conocimiento a la parte poderdante a los fines de su comparencia o de designación de nuevo apoderado (art. 96).

Para el supuesto de la renuncia del apoderado, dicha renuncia no produce efectos mientras no sea notificada al poderdante.

También caduca el mandato por muerte o incapacidad del poderdante o del apoderado, situación que es contemplada por el C.P.C., cuando determina que en caso de muerte o de incapacidad sobreviniente del poderdante o del apoderado, queda suspendido el juicio y su estado se pondrá en conocimiento de los herederos o representantes legales del primero de aquéllos para que, dentro del plazo que se les designe, comparezcan a defenderse o a obrar en la forma que les convenga, bajo apercibimiento de rebeldía. De igual manera se procede cuando, durante el curso de la causa, falleciere o fuere declarada incapaz alguna de las partes que hubiese estado obrando por sí misma y no por procurador o representante (art. 97).

10.4. Consideración final acerca de la función del abogado en el ejercicio de la defensa

Como se ha advertido oportunamente, aún hoy se discute la función propia del abogado en el ejercicio de la defensa en el procesar, tanto en sus límites como en su esencia.

Por ello, es que como consideración final a la problemática, nos permitimos transcribir los siguientes párrafos de la obra de los profesores Alejandro Nieto y Tomás Ramón Fernández titulada *El derecho y el revés, diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, pues en sus páginas se advierte la profundidad de la discusión, y por qué los autores retomaron un estilo literario que hoy no es de uso cotidiano, como el estilo epistolar, lo que dota de mayor expresividad a sus opiniones.

Escribe Fernández: «... *Buenos abogados contribuyen a hacer buenos jueces y a que éstos hagan buenas sentencias y al revés, por supuesto. Y es que el diálogo, el debate, ayuda a describir nuevos puntos de vista, matices muchas veces insospechados, aspectos del problema que de otro modo hubieran quedado en la penumbra, cuyo intercambio entre las partes contribuye decisivamente a afinar el razonamiento, a profundizar el análisis de las implicaciones del problema y, por supuesto, a orientar la solución en un sentido determinado*».

Responde Nieto: «*Seamos sinceros: el abogado no pretende buscar el derecho concreto, sino ayudar a su cliente, es decir, ganar el pleito; porque para él la justicia consiste en dar la razón a su cliente. Todo lo demás es palabrería y aquí está la prueba: ¿quién encomendaría la defensa de sus intereses a un abogado de estas condiciones? La gente no se mete en un pleito para que 'se haga justicia' sino para ganarlo Hasta pienso que si un letrado actuara imparcialmente, podría serle exigida responsabilidad patrimonial e incluso deontológica puesto que estaría defraudando a su mandante.*

La verdadera función del abogado -como indicas acertadamente en tu carta- es suplir las carencias técnicas del cliente. Los ciudadanos no conocen las leyes lo suficiente como para saber con exactitud sus derechos y mucho menos para defenderse en juicio. De aquí que tengan que acudir a un profesional experto de la misma manera que acuden a un fontanero para que

les arreglen las averías del cuarto de baño; ni más ni menos. El abogado y el fontanero son las manos del cliente que le hace el encargo.

El buen abogado es, en definitiva, el que sabe encontrar en las leyes la respuesta que interesa a su cliente ya que, al parecer, las leyes están al servicio particular de quien las vea manejar con soltura. El oficio de abogado no es, en otras palabras, el de buscar una respuesta sino el de justificar a posteriori una respuesta ya dada..».

11. Los sujetos en el denominado proceso penal

11.1 Introducción

Previo al ingreso del tratamiento del tema «los sujetos procesales en el denominado proceso penal», consideramos necesario recordar algunas cuestiones base que significan un punto de partida que darán explicación al desarrollo posterior del tema, logrando así su correcta comprensión.

Así, en primer lugar, hemos de recordar nuevamente que el proceso es un método de debate pacífico y dialéctico entre dos partes ante un tercero imparcial, *impartial* e independiente.

Este es el esquema de debido proceso conforme constitución.

No obstante ello, el proceso al ser construido tanto legislativa como doctrinariamente se debatió entre las ideologías base las cuales se plasmaron en dos sistemas incompatibles lógicamente entre uno y otro, y así se tradujo el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio (dispositivo civil).

El primer sistema rigió durante años en nuestro país, en una flagrante antinomia con la garantía constitucional; pues en dicho sistema inquisitivo, mediante el procesar en materia penal era llevado bajo el impulso del juez instructor, el reo era acusado por el juez, perseguido probatoriamente por el juez y sentenciando por el juez.

Es decir, en el esquema lógico procesal se advierte la existencia de tres sujetos, dos partes y un juzgador; mientras que en el inquisitivo conforme el modelo de instrucción vemos a dos personas solamente, al juez y al imputado.

Este último esquema inquisitivo, cuya inconstitucionalidad y perversidad resulta obvia, fue dejado de lado en nuestra provincia, la cual adoptó el sistema acusatorio, sistema en el cual se advierten las dos partes en el proceso, quien acusa (acción) en manos del Ministerio Fiscal (recordemos que la acción penal se encuentra en poder del Estado), y el

imputado o acusado (reacción) quien se defiende; ante un tercero imparcial (carente de interés en el pleito); *impartial* (no es parte) e independiente (no tiene obediencia debida), que es el juez penal, quien tan sólo dirige el debate y falla, no pudiendo colectar prueba de oficio en el proceso.

De esta forma, advertimos que el sistema acusatorio es denominado sistema dispositivo en civil, y advertimos que el impulso del proceso es poder de las partes, estando limitada la actividad del órgano jurisdiccional a la conexión de instancias de los sujetos partes, respondiendo en concreto a una idea lógica del proceso, pues cuando ingresemos al análisis de cada uno de los sujetos se advertirá que cumplen la misma actividad pues cumplen una función lógica en el debate, quien acusa cumple la misma función que quien demanda en un juicio civil, y quien se defiende por estar imputado en un juicio penal cumple el mismo y lógico papel que quien es demandado y se defiende en un juicio civil.

Esta construcción y adopción de lo acusatorio en materia penal sirve hoy para profundizar una vez más la idea de una teoría unitaria del derecho procesal que permite comprender con sencillez al fenómeno jurídico, único e irrepetible que denominamos proceso.

Esta versión unitaria que unen el sistema acusatorio y el sistema dispositivo cumple en concreto la manda constitucional de la garantía del debido proceso, pues, como enseña Superti: «*No hace falta esforzarse demasiado para advertir que cuando una garantía opera frente a una autoridad que por sí sola puede excepcionarla, automáticamente deja de ser garantía.*

Si se entrega la llave de ingreso a quien no quiere dejar entrar, mal puede decirse que la puerta está cerrada y que protege la morada. De allí que la existencia del juez con la competencia procesal de investigar y la constitucionalidad de excepcionar garantías que existen justamente frente a esa investigación, implica de hecho la derogación del sistema de garantías. Y eso ocurre con los jueces de instrucción. No se conoce ningún caso en el que el juez de instrucción, como investigador del Estado y a los fines de la investigación que venía desarrollando, necesitó entrar en un domicilio privado y, como juez de las garantías constitucionales, se denegó a sí mismo la posibilidad de allanar ese domicilio [31].

---

(31) Superti, Héctor, *Derecho procesal penal, temas conflictivos*, Juris, Rosario, 1998, ps. 71/72

11.2. *Los denominados sujetos esenciales o necesarios y los eventuales*

Este título se trata en forma directa con el concepto lógico de proceso, es decir, son necesarios para la existencia de un proceso dos partes que debaten en un perfecto pie de igualdad como enseña Alvarado Velloso ante un tercero que reviste el carácter de autoridad y que es como ya se ha dicho imparcial, *impartial* e independiente.

En este sentido son necesarios la existencia de quien acusa *-acusador-*, de aquél contra quien se acusa *imputado* y ante quien se acusa y dirime la cuestión *-tribunal-*.

Es decir son esenciales estos tres sujetos, con quienes se podría llevar adelante un sistema de juzgamiento lógico y conforme constitución.

No obstante lo dicho, también encontramos en el escenario procesal otros sujetos que intervienen, y así en el mismo juicio se puede hacer ingresar una pretensión de tipo civil, y en ese caso nos encontramos ante un actor civil en sede penal, con figura de querellante, y también podemos encontrar la figura de la víctima.

Cada uno de estos sujetos se analizarán a continuación.

11.3. *Sujetos necesarios*

11.3.1. *El tribunal*

Que este tema ha sido tratado en el Capítulo VIII al cual se remite.

Que no obstante lo afirmado es importante expresar que en materia penal se debate entre un órgano técnico (jueces de derecho) o el cumplimiento del mandato constitucional de la institución del jurado

Que nuestro país legislativamente en materia penal se volcó hacia la figura del juez técnico, quien evalúa los hechos y resuelve conforme las reglas de la sana crítica racional y funda su decisión legalmente, siendo dicha fundamentación de tipo lógica y legal, debiendo explicitar el *iter* de construcción de lo decidido.

No obstante, nuestra Constitución ordena el juicio por jurados.

Surge así en el proceso penal este otro instituto que decide, el jurado, compuesto por ciudadanos no letrados en derecho que resuelven la existencia del hecho conforme su íntima convicción, es decir, reservando la construcción del *factum in pectore*, es decir, no explicitan el iter de su decisión, sino que solamente expresan la inocencia o culpabilidad del imputado

No se realizará un análisis comparativo del jurado en las distintas legislaciones, sino tan sólo decir que el jurado se ha entendido como la máxima garantía para el imputado, pues un jurado, por el número de sus integrantes, resulta incorruptible.

Junto al jurado existe el juez técnico en derecho, cuya función consiste durante el procesar en el dirigir el proceso, proceso que es observado por el jurado previa decisión.

Luego en la decisión y tras la deliberación (secreta y reservada) el jurado emite su decisión acerca de la inocencia o culpabilidad del acusado, y será recién el juez técnico quien aplicará la ley penal mediante el pronunciamiento de la condena fundada en derecho.

En nuestra provincia de Córdoba se ha regulado un sistema mixto que se denomina escabinado.

El sistema de escabinado está legislado, organizando que el tribunal se forme con tres jueces técnicos y dos ciudadanos, es decir, que el tribunal se conforma por cinco personas, tres técnicos y dos ciudadanos.

El procesar y sentenciar se realiza conforme las reglas que rigen el procedimiento general.

El imputado tiene la opción de elegir entre una u otra forma de constitución del tribunal, es decir, si opta entre el tribunal técnico exclusivamente y el tribunal formado con escabinos.

Entiendo que esta formulación intermedia puede ser justificada solamente en la medida que sea un puerta de llegar al cumplimiento de la exigencia constitucional del juicio por jurados, única solución de democratización de una justicia hoy tan cuestionada, y el hacer que el ciudadano participe activamente de la decisión judicial.

La construcción de lo fáctico no es cuestión solamente técnica, no obstante, en el escabinado, los ciudadanos escabinos deben fallar conforme las reglas de sana crítica y fundamentar su voto, en coincidencia con la manda de la Constitución Provincial, lo que trae aparejado una incoherencia máxima del sistema o modelo, pues quien no es técnico se le impone el deber de fundamentación, todo lo cual se traduce en la práctica de adhesión del escabino a lo decidido por el juez técnico.

11.3.2. *El acusador. Fiscal*

Comprender la función procesal del Ministerio Público en el proceso penal significa recordar que la acción penal fue asumida por el Estado en forma exclusiva

Así la doctrina habla de la «expropiación de la acción penal» por parte del Estado, lo cual es rebatido genialmente por Superti quien recuerda que *«en la expropiación existe un pago de valor por el objeto expropiado, lo que aquí no ocurre, hablándose en consecuencia de confiscación de la acción penal»*.

El Ministerio Público Fiscal tiene a su cargo el ejercicio de la acción penal, y para ello, la Fiscalía ejerce dos grandes actividades por un lado, la investigación preparatoria y, por el otro, el ejercicio de la acción penal mediante la acusación.

De todo lo dicho, estamos en condiciones de afirmar que *«la Fiscalía es el órgano estatal competente para la persecución penal»* [32].

Por ello, el Ministerio Público promueve y ejerce la acción penal en la forma establecida por la ley, dirige la policía judicial y practica la investigación fiscal preparatotia (art. 71 C.P.P.C.).

Pero pongamos un momento la atención en la investigación penal preparatoria.

Es cierto que dicha actividad se produce conforme normas procedimentales en un ámbito de preparación de la acusación. Es cierto que, ésta puede ser controlada por el imputado, tras luego de pasar la oportunidad de la declaración del imputado, pero mediante el método del análisis del fenómeno procesal, y confirmando lo ya afirmado de una teoría unitaria del proceso, la investigación que realiza el fiscal de Instrucción se asemeja a la investigación que realiza tanto la parte como su abogado previamente a la promoción de una demanda civil, es decir, el advertir si puedo o no demandar, por estar caduca la acción, o por el contrario se encuentra prescripto el derecho, o si tengo posibilidades de confirmación probatoria, etcétera.

Por ello, es que en el régimen del sistema acusatorio el fiscal es *parte* en el proceso, y por ello actúa con todas las calidades de partes. Es decir, es dual, igual y contradictoria, no pudiéndose hoy aplicar o actuar la definición de que el fiscal en el proceso penal es la parte imparcial, pues se está definiendo a Fiscalía mediante una autocontradicción; no se puede ser algo que no es al mismo tiempo, no se puede ser parte imparcial.

Ello no implica el exigir de la Fiscalía su actuación objetiva (que no es lo mismo que la imparcialidad), pues en ella se desprenderá si existen o no los

(32) Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Ediciones del Puerto, Bs. As., 2000, p. 50.

presupuestos necesarios a los fines de la promoción de la acción penal; lo mismo acontece con el abogado que advierte que no se presentan los presupuestos de una acción al momento de la demanda civil.

La investigación penal preparatoria debe impedir que el delito cometido produzca consecuencias ulteriores y reunir las pruebas útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento (art. 302 C.P.P.C.).

Por ello, es que conforme lo ordena el art. 303 C.P.P.C., la investigación penal tiene por objeto:

1) Comprobar si existe un hecho delictuoso, mediante todas las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad.

2) Establecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen, o influyan en la punibilidad.

3) Individualizar a sus autores, cómplices e instigadores.

4) Verificar la edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes del imputado; el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que hubieran podido determinarlo a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad, y

5) Comprobar la extensión del daño causado por el delito, aunque no se hubiere ejercido la acción resarcitoria.

En dicha investigación, el fiscal de Instrucción practica y hace practicar todos les actos que considera necesarios y útiles para la investigación, salvo aquéllos que la ley atribuya a otro órgano judicial, debiendo en este caso requerirlos a quien corresponda. (art. 329 C.P.P.C.).

Tras esta investigación, el fiscal puede ordenar el archivo de las actuaciones cuando no se pueda proceder o cuando el hecho en ellas contenido no encuadre en una figura penal (art. 334 C.P.P.C.) o sobreseer en las condiciones de los arts. 348 y 350 C.P.P.C. o, requerir la citación a juicio cuando, habiéndose recibido declaración al imputado, estima cumplida la investigación y siempre que hubiere elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimado (art. 354 C.P.P.C.).

Promovida la acción penal, ya en el juicio la Fiscalía queda en posición de parte «actora», es decir acusadora en contra del imputado «parte acusada», en un perfecto pie de igualdad entre ambas, en contradicción y duales.

Entre ellas, se desarrollará el debate, ante el Tribunal, quien dirige el proceso durante el procesar, estándole prohibido al Tribunal el despliegue

de actividad probatoria de oficio, y teniendo participación activa recién el tribunal en el acto del sentenciar, es decir, cuando heterocompone el conflicto de naturaleza penal.

11.3.3. El imputado

Cuando nos referimos al imputado, estamos hablando del polo pasivo de la pretensión penal, es decir, de quien es acusado de un delito.

Recordemos que el imputado es un acusado de delito y que se mantiene en estado de inocencia hásta el momento en que se dicte sentencia declarándolo culpable del delito del cual se le imputa, y del cual se le ha otorgado el derecho de defensa.

Con la figura del imputado encontramos conformado el esquema lógico del proceso, es decir quien pretende, contra quien se pretende y quien dirige el debate para luego heterocomponer el litigio controvertido.

Se ha dicho que:

«*El imputado es objeto de la coacción estatal en tanto debe soportar el procedimiento penal y, dado el caso, también debe tolerar intervenciones enérgicas, contra su voluntad, en su libertad personal o en su integridad personal. En este sentido, él es también medio de prueba (por ejemplo, como objeto de exámenes). Durante mucho tiempo, en el proceso inquisitivo de derecho común, su papel casi se limitó a ese papel de objeto, es decir, el imputado esa puesto en manos de la intervención de la persecución penal estatal, prácticamente indefenso. Sólo con la interrupción del pensamiento liberal en el proceso penal reformado del siglo XIX se abre paso paulatinmente la idea de que el imputado también y ante todo, debe ser reconocido como un sujeto procesal dotado de derechos autónomos en el proceso. En la actualidad, la situación del imputado como sujeto del proceso está organizada legalmente hasta el detalle por una cantidad de derechos*» [33].

Estos derechos, se reitera, hoy tienen raigambre constitucional y se traducen en la explicitación de los tratados internacionales de derechos humanos y garantías que regulan en forma más precisa, el derecho de defensa.

No existe dudas de que el imputado es un sujeto procesal, es persona y constituye el polo pasivo de la relación procesal penal.

(33) Roxin, Claus, ob. cit., p. 124.

Es que el imputado es sobre quien recaerá la pretensión punitiva, y es una persona, por ello deben extremarse todas las garantías consagradas en salvaguarda de los derechos del hombre y el recorte correspondiente a los poderes estaduales.

Es necesario pues, un proceso con garantías y eficacia.

No puede hoy concebirse que el imputado persona sea el objeto del proceso penal; es cierto que es órgano de prueba, es cierto, que su cuerpo muchas veces puede aportar elementos de convicción e incluso de gravamen, pero ello no impide que dichos elementos de convicción sean incorporados en debida forma, y sin engaño ni abuso al proceso, deben ser incorporados en forma lícita, de lo contrario estaríamos ante el supuesto de la incorporación de prueba ilícita al proceso y la tesis del fruto del árbol venenoso, no puede ser engañado el imputado a los fines de que aporte pruebas, y su declaración es un elemento de descargo, siendo el principal momento de su defensa.

Por ello, es que el acusatorio tiende a la humanización del proceso penal, de allí que se considera necesario transcribir las enseñanzas del maestro uruguayo Gelsi Bidart, quien nos recuerda: «*Se ha hablado del imputado como 'objeto del proceso. Este indica sobre qué recae el proceso, que se pretende resolver según lo acaecido, y el derecho aplicable y la pretensión planteada. Aquella afirmación podría significar que, en todo proceso, cualquiera sea la materia referida, el tema central es una situación de vida que, por ende, implica hechos de o referidos a personas y en el proceso penal el imputado estaría incluido en la misma. El estudio de ésta lo incluiría, pero no le correspondería a él participar en la dilucidación de conflicto que emerge, según su sistema jurídico. Al respecto cabe una doble precisión y orientación: el imputado no puede ser reducido a exclusivo objeto del proceso: a) ni en el sentido del mero conocimiento de lo que ocurrió ni b) menos, en el significado de lo que es utilizado, algo de que se sirve otro como un medio para la finalidad procesal perseguida*» [34].

En el ejercicio de su defensa, el imputado tiene derechos activos de intervención, pudiendo hacer valer sus derechos desde el primer momento de la persecución penal dirigida en su contra, pudiendo incluso formular sus instancias defensivas ante el funcionario encargado de las custodia.

(34) Gelsi Bidart, Adolfo, «Proceso penal: su humanización», Apéndice, EJO, VII, p. 836.

11.4. Sujetos eventuales

Cuando nos referimos a la eventualidad de los sujetos en el proceso, lo hacemos con referencia a sujetos que pueden ingresar en el proceso, pero que éste se puede desplegar sin su presencia.

En concreto, la eventualidad, la más de las veces provoca que con su participación se produzca una acumulación eventual de litigios o de pretensiones, y así surgen las figuras del querellante particular y, del actor civil en sede penal.

11.4.1. El querellante particular

La misma humanización ha impuesto que el ofendido, la víctima, pueda ingresar en el proceso, ello surge tras toda una investigación del porqué tras el Estado haber confiscado la acción penal el ofendido o víctima quedaba fuera de la discusión, sin saber el cómo del procesar ni el resultado de la actividad punitiva del Estado.

La querella, en el decir de Alcalá Zamora y Castillo, es una especie de empujón para que determinados hechos franqueen la puerta jurisdiccional, lo que es criticado por Briseño Sierra, quien entiende a la querella como un instancia determinada.

Mediante la querella afirma Briseño: «*El querellante ejerce la instancia para propiciar que se aplique una sanción al querellado... Lo importante en la querella es la índole y posición de los sujetos. Querellante y querellado, ante la ley tienen igual calidad. La querella viene generalmente contra un particular, pero también cabe enderezarla contra una autoridad. El querellado, al igual que el denunciado, no recibe la instancia del querellante. Es la autoridad quien resulta destinataria de la querella y a la misma corresponde actuar conforme lo disponga la ley común*» [35].

En el sistema cordobés el ofendido penalmente por un delito de acción pública, sus herederos forzosos, representantes legales o mandatarios, pueden intervenir en el proceso como querellante particular y sin perjuicio de ejercer conjuntamente la acción civil resarcitoria. Si el querellante particular se constituye a la vez en actor civil, puede formular ambas instancias en un solo escrito, observando los requisitos formales exigidos para cada una de las instancias. (art. 7° C.P.P.C.).

(35) Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal* cit., p. 462.

En este sentido, el querellante particular puede actuar en el proceso para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado (art. 94 C.P.P.C.).

Adviértase que se trata de una función coadyuvante y que no es parte, pues, la intervención de una persona como querellante particular no la exime del deber de declarar como testigo, (art. 94 C.P.P.C.), aunque en caso de sobreseimiento o absolución podrá ser condenado por las costas que su intervención causare (art. 94 C.P.P.C.).

Esta figura, como dijimos, amplía la posibilidad de actuación de los particulares en el proceso penal y, en especial, la participación de la víctima, a los fines de asegurar el cumplimiento de la función punitiva del Estado.

11.4.2. El actor civil

Puede acontecer que, con motivo de la afirmación de la existencia de hecho delictivo, pueda generar la afirmación de una persona de ser titular de un derecho resarcitorio derivado de la responsabilidad del hecho delictivo investigado.

Surge así, por la regla de concentración, que se pueda acumular dos procesos mediante la acumulación pretensional de una pretensión civil de resarcimiento en el marco de un proceso donde se debate la pretensión puntiva del Estado.

En concreto se está frente a una demanda que contiene una pretensión civil, la que ha sido definida como: «*La formulación, por la víctima del delito o sus herederos, de la pretensión indemnizatoria contra el responsable de aquél*» [36].

En concreto, el actor civil es quien despliega esta pretensión indemnizatoria en el proceso penal.

Es cierto que esta pretensión formulada debe contener todos los requisitos formales de una demanda civil, pero en el sistema cordobés la víctima o sus herederos puede constituirse en actor civil aun cuando no estuviere individualizado el imputado; y si son varios los imputados, la pretensión resarcitoria puede dirigirse contra alguno de ellos algunos o todos ellos (art. 99 C.P.C.).

(36) Devis Echandía, Hernando, ob. cit., p. 410.

El actor civil puede actuar en el proceso para acreditar el hecho delictuoso, la existencia y extensión del daño pretendido y la responsabilidad civil del demandado (art. 107 C.P.P.C.).

Esta posibilidad de accionar civilmente supone también, la existencia de una persona contra la cual se pretende el resarcimiento, por ello, quien ejerce la pretensión resarcitoria puede solicitar la citación de la persona que según las leyes civiles responda por el daño que el imputado hubiera causado con el delito, para que intervenga en el proceso como demandada (art. 109 C.P.P.C.), pudiendo incluso ejercerse la citación en garantía del asegurador conforme las reglas de los arts. 115, 116 y 117 C.P.P.C.).

11.5. Conclusión

Se ha efectuado esta enunciación de los sujetos, en el proceso dentro del cual se debate una pretensión penal, para que se advierta la unidad del fenómeno procesal y que es posible la existencia de una teoría unitaria del derecho procesal.

Hemos tratado de demostrar que los sujetos que intervienen en el proceso penal tienen las mismas funciones que en el proceso civil, sin advertir más diferencias que las propias de un ordenamiento procedimental determinado, pero la actividad en sí, que es la que se observa del fenómeno es la misma en los sujetos de todo proceso.

Por último, decir que hoy el sistema acusatorio que es el sistema conforme constitución es el mismo que el sistema dispositivo en materia civil y que ello nos permite, la construcción de esta teoría unitaria del derecho procesal.